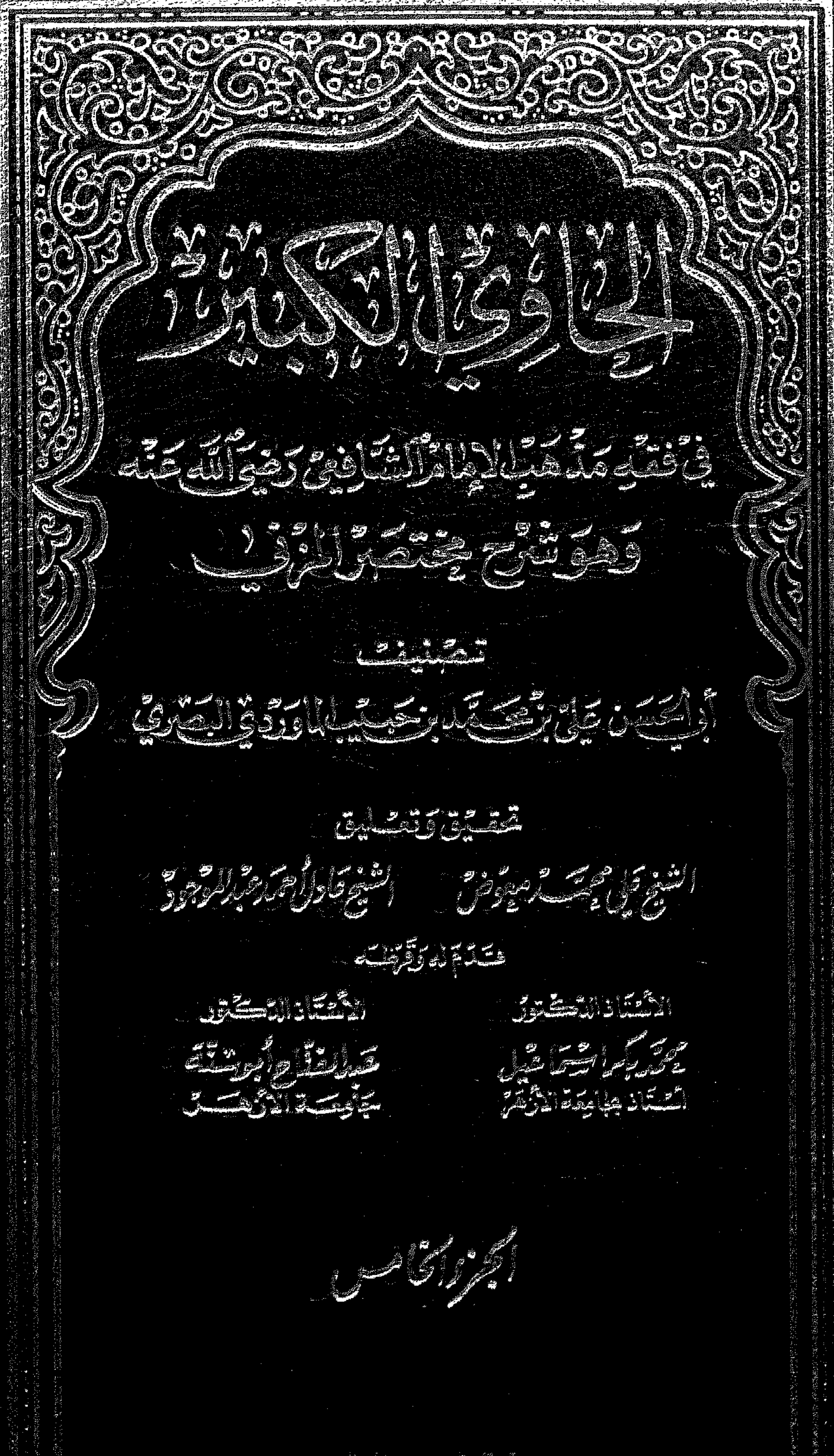

الحاوي الكبير
في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه
وهو شرح مختصر المزني
تصنيف
أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري
تحقيق وتعليق
الشيخ علي محمد معوض
الشيخ عادل أحمد عبد الموجود
قدم له وقرظه
الأستاذ الدكتور
محمد بكر إسماعيل
أستاذ بجامعة الأزهر
الأستاذ الدكتور
عبد الفتاح أبو سنة
جامعة الأزهر
الجزء الخامس
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان









تصنيف
أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري

تحقيق وتعليق
الشيخ علي محمد معوض
الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدّم له وقرّظه

الأستاذ الدكتور
محمد بكر اسماعيل
أستاذ بجامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور
عبد الفتاح أبو سنة
جامعة الأزهر

الجزء الخامس

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٤م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ١١/٩٤٢٤ - تلكس: Nasher 41245 Le

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٨١٥٥٧٣-٨٦٨٠٥١-٦٠٢١٣٣

فاكس: ٠٠/٩٦١١/٦٠٢١٣٣ - ٠٠/١٢١٢/٤٧٨١٣٧٣

بسم اللّـه الـرحمٰن الـرحيم

كتاب البيوع

بَابُ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ وَنَهَى عَنْهُ من المبايعات وسنن النبي ﷺ فيه

(قال الشافعي) قَالَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ ﴿لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَينكم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تجارةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فَلَمَّا نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بُيُوعٍ تَرَاضَى بِهَا الْمُتَبَايِعَانِ اسْتَدْلَلْنَا أَنَّ اللَّهَ جَلَّ وَعَزَّ أَحَلَّ الْبُيُوعَ إِلاَّ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ ﷺ أَوْ مَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ.

قال الماوردي: الأصلُ في إحلال البيوع:

كتابُ اللّهِ، وَسُنَّةُ نَبِيِّهِ، وإجماعُ الأمّةِ.

فأما الكتاب: فقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمنوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقوله سبحانه: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا: إِنَّمَا البَيْع مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله سبحانه: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذا تَدايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال ابن عباس: نزلت في السلم[1] وقوله سبحانه ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُم﴾ [البقرة: ١٩٨].

قال ابن عباس: نزلت في إباحة التجارة في مواسم الحج[2].

أما السُّنَّةُ: فقد رويت عن رسول الله ﷺ قَوْلاً وفِعْلاً:

أمّا القول:

فمـا روى الأعمش، عن أبي وائـل، عن قيس بن أبي غـرزة، قـال: كنـا في عهـد رسول الله ﷺ نسمى السماسـرة فمر بنـا النبي ﷺ فسمانـا باسم هـو أحسن منه، فقـال: «يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ إنّ البَيْعَ يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ والحَلْفُ، فَشَوِّبُوهُ بِالصَدَقَةِ[3]».

---

(١) أخرجه الطبري في التفسير ٦/٤٥ (٦٣٢١).

(٢) أخرجه البخاري ٣/٦٩٤ في الحج (١٧٧٠ و ٢٠٥٠) وانظر شرح السنّة للبغوي بتحقيقنا ٤/٢٠٠.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير ١٨/٣٥٦ وعبدالرزاق في المصنّف حديث (١٥٩٦٢) والبيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٢٦ وأخرجه النسائي من طريق آخر ٧/١٤ وأحمد في المسند ٤/٢٨٠ والحميدي في مسنده حديث (٣٨) وابن أبي شيبة ٧/٢١ والحاكم في المستدرك ٢/٥ وأبو نُعيم في الحلية ٧/١٢٦.

وروي عن عبد الله بن عصمة، أن حكيم بن حزام حدثه أنه قال: يا رسول الله إنّي أشتري بيوعاً ما يحلُّ لي منها، وما يحرم، قال: «إِذَا اشْتَرَيْتَ بَيْعاً فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ، وَلَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[١]. فدل على إباحة ما عدا ذلك.

وروى ابن أبي كثير عن أبي راشد عن عبد الرحمن بن شبل قال: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ التُّجَّارَ هُمُ الْفُجَّارُ» قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَيْسَ قَدْ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ؟ قال: «بَلَى وَلَكِنَّهُمْ يُحَدِّثُونَ فَيَكْذِبُونَ وَيَحْلِفُونَ فَيَأْثَمُونَ»[٢].

وروى يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا خَيْرَ فِي التِّجَارَةِ إِلَّا لِمَنْ لَمْ يَمْدَحْ بَيْعاً، وَلَمْ يَذُمَّ شِرًى، وَكَسَبَ حَلالاً فَأَعْطَاهُ فِي حَقِّهِ، وَعَزَلَ مِنْ ذَلِكَ الْحلفَ»[٣].

وروى أبو عبيد أن رسول الله ﷺ قال: «تِسْعَةُ أَعْشَارِ الرِّزْقِ فِي التِّجَارَةِ وَالْجُزْءُ الْبَاقِي فِي السَّبَايَا»[٤]، قال أبو عبيد: السَّبَايَا: النِّتَاجُ.

وأمّا الفِعْلُ: من بيوعه التي عقدها بنفسه فكثيرة لا تحصى عدداً، غير أنَّ المنقول منها ما اختص بأحكام، مستفادة، فمن ذلك، ما روى أبو الزبير، عن جابر قال: اشترى رسول الله ﷺ من رجل من الأعراب حمل خَبَطٍ، فلمّا وَجَبَ البَيْعُ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اخْتَرْ» قَالَ الأَعْرَابِيُّ: عَمّرَكَ بَيْعاً[٥].

وروى سمّاك بن حرب عن سويد بن قيس قال: جلبت أنا ومخرمة العبدي بَزّاً من هجر، فأتينا به مكة، فجاءنا رسول الله ﷺ فاشترى مِنّا سراويل ووزانٌ يزنُ بالأجرِ، فَقَالَ لِلْوَزَانِ: «زِنْ وَأَرْجِحْ»[٦].

---

(١) أخرجه الترمذي ٣/٥٣٤ في كتاب البيوع حديث (١٢٣٣) والشافعي في المسند ٢/١٤٣ في كتاب البيوع حديث (٤٧٨) وعند أبي داود من طريق آخر ٣/٢٨٣ في كتاب البيوع حديث (٣٥٠٣) وابن ماجة ٢/٧٣٧ في كتاب التجارات حديث (٢١٨٧) وأحمد في المسند ٣/٤٠٢.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٣/٤٢٨ وعبدالرزاق في المصنف (١٩٤٤٤) والطبراني في الكبير ١٩/٣١٥ والحاكم في المستدرك ٢/٦ والطحاوي في مشكل الآثار ٣/١٢ والبيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٦٦ وأخرجه الترمذي من طريق آخر حديث (١٢١٠) وابن ماجة حديث (٢١٤٦) وذكره الهيثمي في الموارد حديث (١٠٩٥) وأخرجه سعيد بن منصور في السنن ٢/١٤٤.

(٣) أخرجه ابن عدي في الكامل ٥/١٦٧٦ والطبراني في الأوسط كذا ذكره الهيثمي في المجامع (٤/٧٢) وأعله وأخرجه ابن القيسراني في التذكرة حديث (٩٨٥) وذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية ٢/١٠١.

(٤) ذكره الحافظ في المطالب العالية حديث (١٣٦٨) وإسناده صحيح انظر تخريج الإحياء للحافظ العراقي ٢/٦٤ وانظر الدر المنثور ٢/١٤٤.

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٤٩ والبيهقي ٥/٢٧٠ وأخرجه ابن ماجة في السنن حديث (٢١٨٤) والدارقطني ٣/٢١ وعبدالرزاق في المصنّف (١٤٢٦١) والطبري في التفسير ٥/٢٢.

(٦) أخرجه أبو داود في السنن الكبرى حديث (٣٣٣٦ و ٣٣٣٧) وأخرجه أبو داود في السنن حديث =

وروى عطاء عن جابر قال: كنت مع رسول الله ﷺ في سفر على جمل إنَّما هو في آخر القوم فَمَرَّ بِي رسول الله ﷺ وقال: «أَمَعَكَ قَضِيبٌ؟» قُلْتُ: نَعَمْ، فَأَعْطَيْتُهُ، فَنَخَسَهُ وَزَجَرَهُ، فَكَانَ فِي أَوَّلِ الْقَوْمِ، فَقَالَ: «بِعْنِيهِ» قُلْتُ: هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «بَلْ بِعْنِيهِ» قَالَ: «قَدْ أَخَذْتُهُ بِأَرْبَعَةِ دَنَانِيرِ وَلَكَ ظَهْرُهُ حَتَّى نَأْتِيَ الْمَدِينَةَ»، فَلَمَّا قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «يَا بِلاَلُ اقْضِهِ وَزِدْهُ» فَأَعْطَاهُ أَرْبَعَةَ دَنَانِيرَ وَقِيراطاً زَادَهُ[1]، قَالَ جَابِرٌ: لاَ تُفَارِقُنِي زِيادَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وروى أبو بكر الحنفي عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ بَاعَ لِرَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ شَكَا فَقْراً قَدَحاً وحِلْساً بِدِرْهَمَيْنِ فِيمَنْ يَزِيدُ[2].

وأمَّا إِجْمَاعُ الأُمَّةِ: فظاهر فيهم من غير إنكار بجملته، وإن اختلفوا في كَيْفِيَّتِهِ وصفته، حتّى أن كبراء الصحابة ارتسموا به وندبوا نفوسهم له، فروى أن أبا بكر ـ رضي الله عنه ـ كان تَاجِراً في البَزِّ وروي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أَنَّهُ كَانَ تَاجِراً فِي ٱلطَّعَامِ وَٱلأَقْطِ.

وروي عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أَنَّهُ كَانَ تَاجِراً فِي ٱلْبَزِّ وَٱلْبَحْرِ. وروي عن العباس ـ رضي الله عنه ـ أَنَّهُ كَانَ تَاجِراً فِي ٱلعِطْرِ.

وعلى ذلك جرت أحوال الصحابة قبل الهجرة وبعدها، فَمِنْهُمْ مَنْ تَفَرَّدَ بِجِنْسٍ مِنْهَا، ومنهم من جلب في جميع صنوفها كعثمان وعبد الرحمن ـ رضي الله عنهما ـ فدلَّ مما ذكرنا أن البيع مباح.

فصل: في تفسير قوله تعالى: ﴿**لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**﴾ [النساء ٢٩] أما قوله: ﴿**لاَ تَأْكُلُوا**﴾فمعناه: لا تأخذوا، فعبّر عن الأخذ بالأكل، لأنه معظم ما يقصد بالأخذ، كما قال تعالى: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ اليَتَامَى ظُلْماً**﴾،[النسا: ١٠]، أي: يأخذون.

وأما قوله: ﴿**أَمْوَالَكُمْ**﴾ففيه تأويلان:

أَحَدُهُمَا: أنه أراد مال كل إنسان في نفسه أن لا يأخذه فيصرفه في المحظورات.

والثاني: أنَّ معناه: لا يأخذ بعضكم مال بعض، كما قال تعالى: ﴿**وَلاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ**﴾ [النساء ٢٩] أي: لا يقتل بعضكم بعضاً.

(١٣٠٥) وأخرجه ابن ماجة في السنن حديث (٢٢٢٠) والدارمي في السنن ٢/ ٢٦٠ وأحمد في المسند ٣٥٢/٤ وابن الجارود في المنتقى حديث (٥٥٩) والبخاري في التاريخ ١٤٢/٤ وذكره الهيثمي في الموارد حديث (١٤٤٠) وابن أبي شيبة في المصنّف ٥٨٦/٦.

(١) أخرجه البخاري ١٣١/٣ طبعة دار الفكر.

(٢) أخرجه الترمذي حديث (١٢١٨) وأخرجه النسائي في السنن ٢٢٢/٧ وابن ماجة حديث (٢١٩٨).

وأما قوله تعالى: ﴿بِالْبَاطِلِ﴾ففيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه أراد أن يصرف في المحظورات.

والثاني: أنَّ المراد به أن لا يؤخذ بالانتهاب والغارات على عادتهم في الجاهلية.

والثالث: أن المراد بالباطل التجارات الفاسدة المألوفة عندهم في بيوع الجاهلية.

وأما قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً﴾. فلفظ إلَّا موضوع في اللغة للاستثناء، ولكن اختلف الناس وأصحابُنا معهم في المراد به في هذا الموضع على أربعة أقوال:

أحدها: أنَّ إلَّا في هذا الموضوع لم يرد بها الاستثناء، وإنما معناها: لكن فيصير تقدير الآية: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولكن كلوها تجارة عن تراض منكم، كقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلَّا خَطأً﴾ [النساء ٩٢] معناه: وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً عمداً ولا خطأً، لكن إن قتله خطأً، فتحرير رقبة مؤمنة. وبهذا قال أبو إسحاق المروزي.

والثاني: أن معنى: إلَّا: في هذا الموضع معنى: الواو، فيكون تقدير الآية: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، وكلوها تجارة عن تراض، كقوله تعالى﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ [الأنبياء ٢٢] أي والله لفسدتا.

وقول الشاعر:

وَكُـلُّ أَخٍ مُـفَـارِقُـهُ أَخُـوهُ لَـعَمْـرُ أَبِيـكَ إِلَّا الـفَـرْقَـدَانِ[1]

أي والفرقدان أيضاً سيفترقان، ولو أراد الاستثناء لقال: إلا الفرقدين.

والثالث: أنَّ معنى إلَّا، في هذا الموضع معنى الاستثناء، غير أنه من مُضْمَرٍ دَلَّ عليه مُظْهَرٌ، ليصح أن يكون استثناء من جنسه، فيكون تقدير الكلام: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولا بالتجارة، إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم، وهذا قول من منع الاستثناء من غير جنسه، وجعلوا ذلك كقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ﴾[المائدة: ١] وإنما معناه: أحلت لكم بهيمة الأنعام والصيد إلَّا أنْ تكونوا محرمين، فيحرم عليكم الصيد.

والرابع: أن ذلك استثناء من غير جنسه، والدليل على جواز الاستثناء من غير جنسه ـ وهو أشبه بمذهب الشافعي ـ قوله تعالى: ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْواً إِلَّا سَلَاماً﴾ [مريم: ٦٢] وليس السلام من جنس اللغو.

---

(١) البيت لعمرو بن معد يكرب وقيل لحضرمي بن عامر وهو من شواهد الكتاب لسيبويه ٢/٣٣٤ والإنصاف ٢٦٨ شرح المفصل لابن يعيش ٢/٨٩ الخزانة ٢/٥٢ الهمع ١/٢٢٩ الأشموني ٢/١٥٧.

وقال تعالى: ﴿فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّا إِبْلِيسَ﴾ [الحجر: ٣٠] وليس إبليس من الملائكة.

وقال تعالى: ﴿فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِي إِلَّا رَبَّ الْعَالَمِينَ﴾ [الشعراء: ٧٧] وتعالى الله أن يكون من جنس من استثنى منه.

وقال الشاعر:

وَبَلْدَةٍ لَيْسَ بِهَا أَنِيسُ إِلَّا الْيَعَافِيرُ وإِلَّا الْعِيسُ[1]

والأنيس: الناس، واليعافير: حمير الوحش، وقيل: الظباء، واحدها يعفور مقلوب من أعفر.

والعيس: الإبل. واستثنى الحمير والإبل من جملة الناس.

وقال النابغة الذبياني:

وَقَفْتُ فِيهَا أُصَيْلَالاً أُسَائِلُهَا عَيَّتْ جَوَاباً وَلَا بِالرَّبْعِ مِنْ أَحَدِ

إِلَّا أَوَارِيّ لأْياً مَا أُبَيِّنُهَا وَالنُّؤْيُ كَالحَوْضِ بِالمَظْلُومَةِ الجَلَدِ[2]

فذكر أنه لم يبق بالربع أحد من الناس يسأله إلا الأواري، والعامة تقول: الأواري: هي المعالف.

وقال العَتَبِي: هي الحبال الممدودة يُشَدُّ عليها الدواب، وهو جمع واحدة أوري.

فصل: في تفسير قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وذكر الشافعي معاني الآية مستوفاة جميعها في كتاب الأمّ بكلام وجيز، فقال: احتمل إحلالُ الله تعالى البيع في هذه الآية معنيين:

أحدهما: أن يكون أحلَّ كل بيع تبايعه متبايعان جائزا الأمر فيما يتبايعاه عن تراضٍ منهما، وهذا أظهر معانيه.

الثاني: أن يكون أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله ﷺ المُبَيِّنِ عن اللّهِ مَعْنى ما أَرَادَ. فيكون هذا من الجمل التي أَحْكَمَ فرضها في كتابه، وَبَيَّنَ كيف هي على لسان نبيِّهِ، أو من العام الذي أُرِيدَ به الخاص، فَبَيَّنَ رسول الله ﷺ ما أراد بإحلاله منه وما حرَّم، أو يكون داخلاً منهما، أو من العام الذي أباحه إلا ما حرم على لسان نبيِّهِ منه وما في معناه ـ ثم

---

(١) البيت لجران العود وهو في ديوانه (٥٣) وشرح المفصل لابن يعيش ٢/٨٠، والهمع ١/٢٥٥، الأشموني ٢/١٤٧، الإنصاف (٢٧١) والتصريح ١/٣٥٢، اليعافير جمع يعفور وهو ولد الظبي. والعيس: جمع أعيس وعيساء وهي بقر الوحش لبياضها.

(٢) انظر البيتين في ديوان (١٦) وهما من شواهد الكتاب ١/٣٦٤ ومعاني الفراء ١/٢٨٨ الهمع ١/٢٢٣ الدرر ١/١٩١.

قال: وأيُّ هذه المعاني كانَ، فقد أَلْزَمَ اللّهُ خَلْقَهُ، بما فرض من طاعَـةِ رسولـه، وأنَّ ما قِيـلَ عَنْهُ فَعَنْ اللّهِ قِيلَ، لأَنَّهُ بكتاب اللّهِ قِيلَ فهذا قول الشافعي في معنى الآية.

وجملته: أن للشافعي في معنى الآية أربعة أقاويل:

أحدها: أنَّها عامةٌ، وأنَّ لفظها لفظ عموم يتناول إباحة كل بيع إلاّ ما خَصَّهُ الدليل.

ووجه ذلك هـو أن النبي ﷺ لما نهى عن بَيَّـاعَاتٍ كـانوا يستعملونهـا، ولم يقصد إلى بيان الجائز منها، وإنما قصد إلى بيان فاسدها منه فدلَّ بذلك على أن الآيـة قد شملت إبـاحة البَيَّاعَاتِ كلِّها، فاستثنى ما لا يجوز منها.

فعلى هذا هل هي عموم أُريدَ به العموم؟ أو عموم أُريدَ به الخصوص؟ على قولين:

أحدهما: أنها عموم أُريدَ به العموم وإن دخله دليل التخصيص.

والثاني: أنها عموم أُريدَ به الخصوص.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: هـو أن العموم المـطلق الذي يجـري على عمومـه وإن دخله التخصيص ما يكون المراد باللفظ أكثرُ، وما ليس بمراد باللفظ أقل، والعمـوم الذي أُريـدَ به الخصـوص ما يكون المراد باللفظ أقلُ وما ليس بمراد باللفظ أكثرُ.

والفرق الثاني: أن البيان فيما أريـد به الخصـوص مُتَقَدِّم على اللفظ، وفيمـا أُريد بـه العموم مُتَأَخِّرٌ عن اللفظ أو مقترن به.

وعلى كلا القولين يجوز الاستدلال بهـا على إباحـة البيوع المختلف فيهـا، ما لم يقم دليل التخصيص على إخراجها من عمومها.

فصل: **القول الثاني**: أنها مجملة لا يعقل منها صحة بيع من فساده إلا ببيان من السنـة ووجه ذلك: هـو أن من البياعـات ما يجـوز، ومنها مـا لا يجوز، وليس في الآيـة ما يتميـز به الجائز من غير الجائز، فاقتضى أن يكـون من المجمل الـذي لا نعقل المـراد من ظاهـره إلا ببيان يقترن به.

فعلى هـذا اختلف أصحابنـا. هل هي مجملة بنفسهـا؟ لتعـارض فيهـا أو هي مجملة بغيرها؟ على وجهين:

أحدهما: مجملة بنفسها لتعارض فيها.

وذلك أن قوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْـعَ﴾ يقتضي جواز البيـع متفاضـلا، وقولـه: ﴿وَحَـرَّمَ الرِبَا﴾ يقتضي تحريم البيع متفـاضلاً، فصـار آخرهـا معارضـاً لأَوَّلِها، فـوقع الإجمـال فيها بنفسها.

والوجه الثاني: أنها مجملة بغيرها، وذلك أنها تقتضي جواز كل بيع من غرر، ومعدوم، وغيره. وقد وردت السنة بالمنع من بيع الغَرَرِ، والمُلاَمَسَةِ، والمُنَابَذَةِ، وغير ذلك فصارت السنة معارضة لها، فوقع الإجمال فيها بغيرها. فإذا ثبت أنها مجملة بنفسها على أحد الوجهين، أو بغيرها على الوجه الثاني، فقد اختلف أصحابنا:

هل وقع الإجمال في صيغة لفظها وفي المعنى المراد بها؟

أو وقع الإجمال في المعنى المراد بها دون صيغة لفظها؟

على وجهين:

أحدهما: أن الإجمال في المعنى دون اللفظ، لأن لفظ البيع، اسم لغوي لم يرد من طريق الشرع، ومعناه معقول، إلا أنه لما قام بإزائه ما يُعَارِضُهُ تدافع العمومان، ولم يتعين المراد منهما إلا بالسنة، صارا مجملين لهذا المعنى، لأنّ اللفظ مُشْكِل المعنى.

والوجه الثاني: أن اللفظ مجمل، والمعنى المراد به مُشْكِلٌ، لأنه لما لم يكن المراد باللفظ ما وقع عليه الاسم، وصار مضّمناً بشرائط لم تكن معقولة في اللغة، خرج اللفظ بالشرائط عن موضوعه في اللغة إلى ما استقرت عليه شرائط الشرع، وإن كان له في اللغة معاني معقولة، كما قلنا في الصلاة: إنها مجملة، لأنها مضمنة بشرائط لم تكن معقولة في اللغة، وإن كان فيها معاني معقولة في اللغة كالخضوع وما يقع فيها من الدعاء، فكذلك لفظ البيع.

وعلى كلا الوجهين لا يجوز الاستدلال بها على صحة بيع من فساده، وإن دلت على إباحة البيع في أصله.

وهذا فرقٌ ما بين العموم والمجمل، حيث جاز الاستدلال بظاهرة العموم، ولم يجز الاستدلال بظاهر المجمل. والله أعلم.

فصل: **والقول الثالث**: أنه داخل فيهماجميعاً، فيكون عموماً دخله الخصوص، ومجملاً لحقه التفسير، لقيام الدلالة عليهما.

فاختلف أصحابنا في وجه دخول ذلك فيهما على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنّ العموم في اللفظ والإجمال في المعنى.

فيكون اللفظ عموماً دخله الخصوص، والمعنى مجملاً لحقه التفسير.

والوجه الثاني: أن العموم في أوّل الآية، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾والإجمال في آخرها، وهو قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِبَا﴾فيكون أول الآية عاماً دخله التخصيص، وآخرها مجملاً لحقه التفسير.

والوجه الثالث: أن اللفظ كان مجملاً، فلما بينه النبي ﷺ صار عاماً.

فيكون داخلاً في المجمل قبل البيان، وفي العموم بعد البيان.

فعلى هذا الوجه يجوز الاستدلال بظاهرها في البيوع المختلف فيها كالقول الأول.

وعلى الوجهين الأولين، لا يجوز الاستدلال بظاهرها في البيوع المختلف فيها كالقول الثاني.

فصل: **والقول الرابع**: أنها تناولت بيعاً معهوداً، ونزلت بعد أن أحل النبي ﷺ بيوعاً وحرم بيوعاً، وكان قوله: ﴿وأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يعني: الذي بَيَّنَهُ الرسول من قبلُ، وعرفهُ المسلمون منه، فَتَرَتَّبَ الكتابُ على السنةِ، وتناولت الآية بيعاً معهوداً.

وإنما كان كذلك، لأن الله تعالى قال: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ فأدخل فيه الألِفَ واللاَمَ، وذلك يدخل في الكلام لأحد أمرين.

إما لجنس، أو معهود.

فلما لم يكن الجنس مراداً، لخروج بعضه منه، ثبت أنَّ المعهود مراد.

فعلى هذا، لا يجوز الاستدلال بظاهرها على صحة بيع ولا فساده، بل يرجع في حكم ما اختلف فيه إلى الاستدلال بما تقدمها من السنة التي عرف بها البيوع الصحيحة من الفاسدة.

وإذا كان كذلك صار الفرق بينه وبين المجمل من وجه واحد. وبينه وبين العموم من وجهين.

فأما الوجه الذي يقع به الفرق بينه وبين المجمل:

فهو أن بيان النبي ﷺ فيما نهى عنه من البيوع وأمر به سابق للآية.

وبيان المجمل مقترن باللفظ، أو متأخر عنه على مذهب من يجوّز تأخير البيان فافترقا من هذا الوجه.

أما الوجهان اللذان يقع بهما الفرق بينه وبين العموم:

فأحدهما: ما مضى من تقديم البيان في المعهود، واقتران بيان التخصيص بالعموم.

والثاني: جواز الاستدلال بظاهر العموم فيما اختلف فيه من البيوع، وفساد الاستدلال بظاهر المعهود فيما اختلف فيه من البيوع.

فصل: القول في ماهية البيع

فإذا تقرر إحلال البيوع في الجملة.

فحقيقة البيع في اللسان: تبدل شيء بشيء.

وحقيقته في الشرع: نقل ملك بعوض على الوجه المأذون فيه.

وأنما قلنا: نقل ملك، احترازاً مما لا يملك، وممن لا يملك.

وقلنا: بعوض احترازاً من الهبات، ومما لا يجوز أن يكون عوضاً.

وقلنا: على الوجه المأذون فيه، احترازاً من البيوع المنهى عنها كالملامسة والمنابذة.

أفضل المكاسب

وإذا كان ذلك حقيقة البيوع الجائز في الشرع.

فقد اختلف الناس: هل البيوع الجائزة من أجْلِ المكاسب وأُطيبها؟
أو غيرها من المكاسب أجلّ منها؟

فقال قوم: الزراعات أجلّ المكاسب كلّها، وأطيب من البيوع وغيرها، لأن الإنسان في الاكتساب بها أحسن توكُّلاً، وأقوى إخلاصاً، وأكثر لأمْرِ اللَّهِ تعالى تفويضاً وتسليماً.

وقال آخرون: إنَّ الصناعات أجلّ كسباً منها وأطيب من البيوع وغيرها، لأنها اكتساب تنال بِكَدّ الجسم وإتعاب النفس، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إنَّ اللَّهَ يُحِبَ العَبْدَ المُحْتَرِفَ»[1] فظاهر الاحتراف بالنفس دون المال.

وقال آخرون: البَيَاعَاتَ أَجَلَّ المكاسب كلّها، وأطيبُ من الزراعات وغيرها، وهو أشبه بمذهب الشافعي والعراقيين، حتى أن محمد بنَ الحسن قيل له: هَلاَّ صنعت كتاباً في الزهد، قال: قد فعلت، قيل: فما ذلك الكتاب؟ قال: هو كتاب البيوع. والدليل على أن البيوع أجلّ المكاسب كلها إذا وقعت على الوجه المأذون فيه: إن الله عز وجل صرح في كتابه بإحلالها، فقال﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ﴾ولم يُصرِّحْ بإحلال غيرها، ولا ذكر جوازها وإباحتها.

وروت عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَطْيَبُ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ»[2] والكسب في كتاب الله التجارة. وروى رافع بن خديج قال: قال رجل: يا رسول الله أيُّ العملِ أطيبُ؟ فقال: «عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ وَكُلّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ»[3].

---

(١) ضعيف أخرجه الطبراني الكبير ١٢/٣٠٨ وفي الأسد كما في مجمع الزوائد ٤/٦٢ وابن عدي في الكامل ١/٣٦٩ والذهبي في الميزان (٩٩٥) (٥٤١١) وذكره ابن حجر في اللسان ٤/٢٤٠ وابن الجوزي في العلل ٢/٩٩.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٦/٤٢٢٣ وأبو داود في السنن حديث (٣٥٢٨) والدرامي ٢/٢٤٧ والنسائي ٧/٢٤١ في كتاب البيوع باب الحث على الكسب وابن ماجة ٢/٣٢ حديث (٢١٣٧) وذكره الهيثمي في الموارد حديث (١٠٩١).

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٤/١٤١ والطبراني في الكبير ٤/٣٣٠ والحاكم في المستدرك ٢/٢٠ وانظر التلخيص ٢/٣.

ولأنَّ البيوعَ أكثر مكاسب الصحابةِ، وهي أظهر فيهم من الزراعة والصناعة.

ولأنَّ المنفعة بها أعم، والحاجة إليها أكثرُ، إذ ليس أحد يستغني عن ابتياع مأكول أو ملبوس، وقد يستغني عن صناعة وزراعة.

فإن قيل: فقد روى سلمان فقال: قال رسول الله ﷺ «لَا تَكُنْ أَوَّلَ مَنْ يَدْخُلُ السُّوقَ وَلَا آخِرَ مَنْ يَخْرُجُ مِنْهَا، فَإِنَّ فِيهَا بَاضَ الشَّيْطَانُ وَفَرخَ»(١) فاقتضى أن يكون البيع مكروهاً، ليصح أن يكون عن ملازمته منهياً.

قيل: هذا غلط، كيف يصح أن يكره ما صرح اللّهُ بإحلاله في كتابه؟ وإنَّما المراد بذلك أن لا يصرف أكثر زمانه إلى الاكتساب، ويشتغل به عن العبادةِ حتى يصير إليه منقطعاً، وبه متشاغلاً، كما روى عن الإمام علي بن أبي طالب كَرَّمَ اللّهُ وَجْهَهُ أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنِ السَّوْمِ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ»(٢) يريد أن لا يجعله أكبر همه، حتى يبتدىء به في صدر يومه، لا أنه حرام.

فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «يا تُجارُ كُلُّكُمْ فُجَّارٌ إلَّا مَنْ أخذ ٱلْحَقَّ وأَعْطَى ٱلْحَقَّ»(٣) فجعل الفجور فيهم عموماً، ومعاطاة الحق خصوصاً، وليست هذه صفات أجل المكاسب.

قيل: إنما قال ذلك، لأن من البيوع ما يحل، ومنها ما يحرم، ومنها ما يستحب ومنها ما يكره، كما روي عنه ﷺ أنه قال: «لَوِ اتَّجَرَ أَهْلُ الْجَنَّةِ فِي ٱلْجَنَّةِ مَا اتَّجَرُوا إلَّا فِي الْبُرِّ، وَلَوِ اتَّجَرَ أَهْلُ النَّارِ مَا اتَّجَرُوا إلَّا فِي الصَّرْفِ»(٤) قال ذلك استحباباً لتجارة البر وكراهة لتجارة الصرف.

وقد روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ «مَنْ كَانَ يَبِيعُ الطَّعَامَ وَلَيْسَ لَهُ تِجَارَةٌ غَيْرُهُ، حَاطَ، أَوْ بَاعَ، أَوْ طَاغَ، أَوْزَاغَ»(٥)، يريد بذلك كراهة التفرد بالتجارة في هذا الجنس.

---

(١) ضعيف أخرجه الطبراني في الكبير ٣٠٩/٦ وذكره ابن الجوزي في العلل ١٠٠/٢ والخطيب في التاريخ ٤٢٦/١٢.

(٢) أخرجه ابن ماجة في السنن حديث (٢٢٠٦) وابن عدي في الكامل ٩٩٥/٣.

(٣) بنحوه أخرجه الدارمي ٢٤٧/٢ والحاكم في المستدرك ٧/٢ والترمذي حديث (١٢١٠) وابن ماجة ٢١٤٦) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد حديث (١٠٩٥) وأبو نُعيم في الحلية ١١٤/٧ والبيهقي ٢٢٦/٥.

(٤) أخرجه الديلمي في المسند كما في تخريج الإحياء ٨٥/٢ وذكره الفتني في تذكرة الموضوعات (١٣٥).

(٥) أخرجه ابن عدي في الكامل ٢٨٥/١ وبنحوه عند أبي نُعيم في الحلية ٢٢٨/٧.

وليس كلامنا فيما كره منها، وإنما الكلام فيما استحب منها، وهو ما استثناه رسول الله ﷺ منها.

فصل: في شروط البيع

فإذا ثبت ما ذكرنا في حقيقة البيع وانتقال الملك به:

فقد ذكر الشافعي في كتاب الأم ما يلزم به البيع وما يجوز أن يفسخ به البيع. فقال: وجماع ما يجوز من كلّ بيعٍ آجِلٍ وعاجِلٍ، وما لزمه اسم بيع بوجه، لا يلزم البائع والمشتري حتى يجتمعا أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به ولا يعقداه بأمر منهى عنه، ولا على أمر منهى عنه، وأن يتفرّقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على التراضي بالبيع، فإذا اجتمع هذا لزم كلَّ واحد منهما البيعُ فلم يكن له رده إلا بخيار، أو في عيب يجده، أو شرط يشترطه، أو خيار الرؤية ـ إن جاز خيار الرؤية ـ ومتى لم يكن هذا لم يقع البيع بين المتبايعين.

وحكى المزنيّ عن الشافعي في جامعه الكبير: مثله سواء فأراد الشافعي بهذه الجملة أن يبيّن شروط العقد، وشروط الرد.

فأما شروط العقد التي يصير بها لازماً فأربعة:

أحدها: أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به حتى لا يكونا مكرهين ولا أحدهما، لأن بيع المكره لا يصح.

والثاني: أن لا يعقداه بأمر منهى عنه يعني بذلك الأجل المجهول والشروط المبطلة للعقود، وما ورد النهي في تحريمه من البيوع كالملامسة والمنابذة.

والثالث: أن لا يعقداه على أمر منهي عنه، يعني بذلك الأعيان المحرمة كالخمر والخنزير، وما لا منفعة فيه كالهوام والحشرات.

وهذه الثلاثة هي شروط في صحة العقد، فمتى أخلَّ بشرط منها، فسد العقد.

والرابع: أن يفترقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على التراضي بالبيع.

وهذا شرط في لزوم العقد بعد وقوع صحته.

وكان ابن المرزبان وغيره من أصحابنا يضمون إلى الأربعة شرطاً خامساً: وهو أن يكون المتبايعان جائزي الأمر، فلا يكونا، ولا أحدهما محجوراً عليه بصغر أو جنون، أو سفه، لأن بيع المحجور عليه باطل. وامتنع سائر أصحابنا من تخريج هذا الشرط الخامس.

وأجابوا عنه بجوابين:

أحدهما: أن هذا شرط في البائع لا في البيع، والشافعي إنما ذكر شروط البيع، وهذا جواب البغداديين.

والثاني: وهو جواب البصريين أن ذلك داخل في جملة الشرط الثاني وهو أن لا يعقداه بأمر منهى عنه، لأن عقد المحجور عليه منهي عنه، فلم يحتج أن يجعله شرطاً خامساً. وهذا أصح الجوابين، لأن الشافعي قد ذكر في الشرط الأول أن يعقداه عن تراض، وهذا شرط في البائع دون البيع. فهذه شروط العقد.

فأما شروط الرد وما يكون به الفسخ فأربعة أيضاً:

أحدها: الخيار الموضوع للفسخ، وهو أحد خيارين: إما خيار المجلس أو خيار الثلاث.

والثاني: وجود العيب بالمبيع، فيستحق به خيار الفسخ.

والثالث: شرط يشترطه في العقد فيعقده، مثل أن يشترط في العقد رهناً في الثمن به أو كفيلاً به، فيمتنع المشتري من دفع الرهن فيه أو الكفيل به، فيكون للبائع الفسخ، أو يشترط المشتري في ابتياع العبد أنه ذو صنعة، فيجده لا يحسنها فيكون للمشتري الفسخ.

والرابع: الرؤية في بيع العين الغائبة على خيار الرؤية، إذا قيل بجوازه، فيستحق به الفسخ على ما سيأتي. فهذه شروط الرد مع ما تقدم من شروط العقد.

مسألة: في بيع العين الغائبة

قَالَ الشَافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا عَقَدَا بَيْعاً مِمَّا يَجُوزُ وَافْتَرَقَا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا بِهِ لَمْ يَكُنْ لأَحَدٍ مِنْهُمَا رَدُّهُ إِلاَّ بِعَيْبٍ أَوْ بِشَرْطِ خِيَارٍ (قال المزني) وَقَدْ أَجَازَ فِي الإِمْلاَءِ وَفِي كِتَابِ الْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ وَفِي الصَّدَاقِ وَفِي الصُّلْحِ خيارَ الرُّؤْيَةِ وَهَذَا كُلُّهُ غيرُ جَائِزٍ فِي مَعْنَاهُ (قال المزني) وَهَذَا بِنَفْيِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ أولَى بِهِ إِذْ أَصْلُ قَوْلِهِ وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْبَيْعَ بَيْعَانِ لاَ ثَالِثَ لَهُمَا صِفَةٌ مَضْمُونَةٌ وَعَيْنٌ مَعْرُوفَةٌ وَأَنَّهُ يُبْطِلُ بَيْعَ الثَّوْبِ لَمْ يُرَ بَعْضُهُ لِجَهْلِهِ بِهِ فَكَيْفَ يُجِيزُ شِرَاءَ مَالَمْ يُرَ شَيْئاً مِنْهُ قَطُّ وَلاَ يَدْرِي أَنَّهُ ثَوْبٌ أَمْ لاَ حَتَّى يَجْعَلَ لَهُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ».

قال الماوردي: هذا كما قال: البيوع نوعان: بيع رقبة، وبيع منفعة:

فأما بيع المنافع فهو الإجارات، وقد قال الشافعي: إنها صنف من البيوع، ولها كتاب:

وأما بيع الرقاب، فضربان:

بيوع أعيان، وبيوع صفات: فأما بيوع الصفات: فالسلم، وله باب. وأما بيوع الأعيان، فضربان: عين حاضرة، وعين غائبة. فأما العين الحاضرة، فبيعها جائز. وأما العين الغائبة فعلى ضربين: موصوفة، وغير موصوفة: فإن كانت غير موصوفة، فبيعها باطل. وإن كانت موصوفة ففي جواز بيعها قولان: وقال أبو حنيفة: يجوز بيع العين الغائبة موصوفة كانت أو غير موصوفة. وقال مالك: يجوز بيعها موصوفة، ولا يجوز بيعها غير موصوفة.

الأدلة: استدل من أجاز بيع العين الغائبة:

بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾.

وبما روى هشام عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ ـ أنه قال «مَنْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ»[١].

وقالوا: ولأنه إجماع الصحابة: روي أن عثمان بن عفان وطلحة بن عبيد الله ـ رضي الله عنهما ـ تناقلا دارين: إحداهما بالكوفة، والأخرى بالبصرة، فقيل لعثمان: غبنت فقال: لا أبالي لي الخيار إذا رأيتها، فترافعا إلى جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة[٢].

وروي أن عبد الله بن عمر اشترى أرضاً لم يرها[٣].

وروي أن عبد الرحمن بن عوف اشترى إبلاً لم يرها.

فصار هذا قول خمسة من الصحابة، وليس لهم مخالف، فثبت أنه إجماع. ولأنه عقد معاوضة، فوجب أن لا يمنع منه فقد رؤية المعقود عليه كالنكاح.

ولأن فقد رؤية المبيع ليس فيه أكثر من الجهل بصفات المبيع، والجهل بصفات المبيع، لا يمنع من صحة العقد عليه، وإنما يثبت الخيار فيه كالمبيع إذا ظهر على عيبه والمفقود للرؤية بقشره، ولأن الرؤية لو كانت شرطاً في بيوع الأعيان كالصفة في بيوع الصفات لوجب أن يكون رؤية جميع المبيع شرطاً في صحة العقد، كما أن صفة جميع السلم فيه شرط في صحته، فلما كان مشتري الصبرة إذا رأى بعضها جاز له أن يبتاع جميعها، علم أن الرؤية ليست شرطاً في بيوع الأعيان. ولأن الرؤية لو كانت شرطاً في صحة العقد. لكان وجودها شرطاً في حال العقد، ولم يستغن برؤية تقدمت العقد، كالصفات في السلم، وذكر الثمن، فلما صح العقد بالرؤية المتقدمة على العقد ثبت أنها ليست بشرط في صحة العقد.

والدلالة على بطلان البيع:

رواية أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ»[٤].

وحقيقة الغرر؛ ما تردد بين جائزين أخوفهما أغلبهما.

---

(١) أخرجه الدارقطني بإسناد ضعيف ٣/٥٢٤ والبيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٦٨ وذكره الشوكاني في الفوائد المجموعة ١٤٧ وانظر نصب الراية ٤/٩.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٦٨ والطحاوي في معاني الآثار ٤/١٠ وانظر نصب الراية ٤/٩.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٦٧.

(٤) أخرجه مسلم ٣/١١٥٣ في البيوع حديث (٤/١٥١٣) وأخرجه أبو داود ٣/٢٥٤ في البيوع حديث (٣٣٧٦) والترمذي حديث (١٢٣٠) وقال حسن صحيح والنسائي ٧/٢٦٢ في كتاب البيوع وابن ماجة ٢/٧٣٩ في التجارات حديث (٢١٩٤) وأحمد في المسند ٢/٢٥١.

وبيع خيار الرؤية غرر من وجهين:

أحدهما: أنه لا يعلم هل المبيع سالم أو هالك؟.

والثاني: أنه لا يعلم هل يصل إليه أو لا يصل؟

وروي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ غَائِبٍ بِنَاجِزٍ»[(1)]، ولم يفصل بين صرف وغيره، فهو على عمومه.

وروي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ المُلَامَسَةِ»[(2)]، فالملامسة: بيع الثوب المطوي.

فإذا نهى عن الملامسة لجهل بالمبيع، وإن كان الثوب حاضراً، كان بطلانه أولى إذا كان غائباً.

ولأن بيع الصفة إذا عُلِّقَ بالعَيْنِ بطل، كذلك بيع العين إذا عُلّقَ بالصفة بطل.

وتحريره قياساً: أنه بيع عين بصفة، فوجب أن يكون باطلاً، كالسلم في الأعيان.

ولأنَّ الاعتماد في السلم على الصفة، والاعتماد في بيع الأعيان على الرؤية؛ لأنَّ السلم يصير معلوماً بالصفة، كما أن العين تصير معلومة بالرؤية.

فإذا تقرر أن السلم إذا لم يوصف حتى يصير السلم فيه معلوماً بطل العقد، وجب إذا لم ير العين حتى تصير معلومة بالرؤية أن يبطل العقد، إذ الإخلال بالرؤية في المرئيات كالإخلال بالصفة في الموصوفات.

وتحرير ذلك قياساً: إن جهل المشتري بصفات المبيع يمنع صحة العقد كالسلم إذا لم يوصف.

ولأنه بيع مجهول الصفة عند المتعاقدين فوجب أن يكون باطلاً، كقوله: بعتك عبداً أو ثوباً.

فإن قيل: إنما بطل إذا باعه عبداً، لا أنه غير معين ولا يمكن تسليمه لأنه بطل لكونه مجهول الصفة.

قيل: فلا يصح أن يكون بطلانه لكونه غير معين، لأن السلم يصح وهو غير معين، فثبت أنه بطل لكونه مجهول الصفة، ويمكن تسليم عبد وسط.

ولأنه بيع عين لم ير شيئاً منها، فوجب أن لا يصح كالسمك في الماء والطير في

---

(١) بنحوه عن أحمد في المسند ٣/ ٥١.

(٢) أخرجه البخاري ٤/ ٤٢٠ في كتاب البيوع حديث (٢١٤٦) ومسلم ٣/ ١١٥١ في البيوع حديث (١/ ١٥١١).

الهواء. ولأنه خيار ممتد بعد المجلس غير موضوع لاستدراك الغبن، فوجب أن يمنع صحة العقد، أصله إذا اشترط خياراً مطلقاً.

فأما الجواب عن الاستدلال بالآية: إنْ سُلِّمَ أنَّها عامة فخصصها بما ذكرنا من الأدلّة.

وأما الجواب عن حديث أبي هريرة:

فقد قال الحفاظ من حملة الآثار والجَهَابِذَةُ من نَقَلَة الأخبار: أنّ عمر بن إبراهيم الأهوازي تفرد بروايته، وهو مشهور باختراع الأحاديث ووضعها، ومن كانت هذه منزلته، فغير ملتفت إلى روايته. على أنه لو صح، لأمكن استعماله من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن قوله «مَنِ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخَيَارِ إِذَا رَآهُ» في الاستئناف للعقد عليه، لا في استصحاب العقد المتقدم منه.

والثاني: أنه محمول على السلم الذي لم يره، فهو بالخيار إذا رآه ناقصاً عن الصفة.

والثالث: أنه محمول على من اشترى ما لم يره في حال العقد إذا كان قد رآه قبل العقد، فهو بالخيار إذا وجده ناقصاً فيما بعد.

أما الجواب عما ذكره من الإجماع: فقد خالف فيه عمر، فبطل أن يكون إجماعاً يحتج به، أو دلالة تلزم، ولو لم يكن عمر مخالفاً، لكان قول خمسة لا يعلم انتشاره في جميعهم، والقياس يخالفه، فوجب أن يقدم عليه.

وأما الجواب عن قياسهم على النكاح، فالفرق بينهما يمنع من صحة الجمع، وهو أن الرؤية موضوعة لاستدراك الصفة وليس المقصود في النكاح صفة المنكوحة، وإنما المقصود فيه الوصلة، ألا تراه لو وجدها معيبة لم يكن له خيار، فكذلك لم يكن الجهل بصفاتها مانعاً من صحة العقد عليها، وصفات المبيع مقصودة في البيع، بدليل أنه لو وجده معيباً كان له الخيار، وكذلك كان الجهل بصفاته مانعاً من صحة العقد عليه.

على أن أبا حنيفة قد فرّق بين النكاح والبيع في الرؤية، فقال: عقد النكاح لازم قبل الرؤية، وعقد البيع في العين الغائبة لا يلزم إلا بالرؤية.

فيقال له: لما كانت الرؤية شرطاً في لزوم البيع، كانت شرطاً في انعقاده، ولما لم تكن الرؤية شرطاً في لزوم النكاح، لم تكن شرطاً في انعقاده.

وأما الجواب عن قولهم: إن فقد الرؤية يوقع الجهل بصفات المبيع، والجهل بصفات المبيع، يوجب الخيار، ولا يوجب فساد العقد كالمعيب والمستور بقشره. فهو أن المعيب والمستور بقشره قد جهل بعض صفاته، والغائب قد جهل جميع صفاته، والجهل ببعض الصفات لا يساوي حكم الجهل بجميعها، لأمرين:

أحدهما: أنه قد يستدل بالأمر المشاهد على ما ليس بمشاهد، فيصير الكل في حكم المعلوم وليس كذلك الغائب الذي لم يشاهد شيئاً منه.

والثاني: أن الرؤية على ضربين:

رؤية لا تلحق فيها المشقة وهي رؤية الجملة دون [جميع][1] الأجزاء، ورؤية تلحق فيها المشقة وهي رؤية جميع الأجزاء كالعيوب الخفية والمأكولات التي في قشورها.

فالرؤية التي تجب وتكون شرطاً في صحة العقد، هي رؤية الجملة لعدم المشقة فيها [دون رؤية جميع الأجزاء لوجود المشقة فيها][2].

وأما الجواب عن قولهم: لو كانت الرؤية شرطاً كالصفة، لوجب أن تكون رؤية الجميع شرطاً كالصفة:

فهو أن رؤية البعض قد أقيمت في الشرع مقام رؤية الكل، بدليل أن ما لم يشاهد منه لا خيار فيه إذا شوهد إلا بوجود عيب، ولو لم يكن كالمشاهد، لثبت فيه الخيار كالغائب، وليس كذلك الصفة؛ لأن صفة البعض لم يَجْرِ عليها في الشرع حكم صفة الكل، فافترقا من حيث ظن أنهما قد اجتمعا.

وأما الجواب عن قولهم: لو كانت الرؤية شرطاً، لكان وجودها حال العقد شرطاً كالصفة في السلم.

فهو أن الرؤية قبل العقد تجعل المبيع معلوماً في حال العقد، والصفة قبل العقد لا تجعل المسلم فيه معلوماً في حال العقد، فلذلك لزم أن تكون الصفة مع العقد، ولم يلزم أن تكون الرؤية مع العقد.

فصل: فإذا ثبت أن بيع العين الغائبة باطل إذا لم توصف، ففي جواز بيعها إذا وصفت قولان:

أحدهما: يجوز. نص عليه في ستة كتب: في القديم، والإملاء، والصلح، والصداق، والصرف، والمزارعة، وبه قال جمهور أصحابنا.

والقول الثاني: أنه لا يجوز، وهو أظهرهما:

نص عليه في ستة كتب: في الرسالة، والسنن، والإجارة، والغصب، والاستبراء، والصرف في باب العروض.

وبه قال حماد بن أبي سليمان، والحكم بن عتيبة، وهو اختيار المزني والربيع، والبويطي.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

وقد يدخل توجيه القولين فيما تقدم من الحجاجين.

فأما المزني: فإنه احتج من قول الشافعي على بطلان بيع العين الغائبة، بشيئين:

أحدهما: أن قال: أصل قوله ومعناه: أن البيع بيعان لا ثالث لهما: صفة مضمونة، وعين معروفة.

والثاني: أن قال: فإنه يبطل بيع الثوب يرى بعضه، فكيف يجيز شرى ما لم يـر شيئاً منه قط، ولا يدري أنه ثوب أم لا، حتى يجعل له خيار الرؤية.

والجواب عما ذكره من الفصل الأول من وجهين:

أحدهما: أن الشافعي إنما قال: البيع بيعان لا ثالث لهما، على القول الذي لا يجيز فيه بيع خيار الرؤية.

فأما على القول الأخير، فقد قال في كتاب الصرف في باب بيع العروض ولا يجوز من البيوع إلا ثلاثة: بيع عين حاضرة، وبيع عين غائبة، فإذا رآها المشتري فله الخيار، وصفة مضمونة، فبطل هذا.

والثاني: أن الشافعي قصد بقوله: البيع بيعان، الفرق بين بيوع الصفات المضمونة في الذمم، وبين بيوع الأعيان غير المضمونة في الذمم. وهذا ينقسم قسمين: عين حاضرة، وعين غائبة.

وأما الفصل الثاني: في بيع الثوب يرى بعضه: فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن الشافعي إنما أبطل بيع الثوب يرى بعضه، على القول الذي لا يجيز فيه بيع خيار الرؤية، فأما على القول الذي يجيزه، فهذا البيع أجوز، وكيف يجيز بيع ما لم ير شيئاً منه؟ ولا يجيز بيع ذلك الشيء وقد رأى بعضه؟ هذا مما لا يتوهم على الشافعي.

فعلى هذا يسقط احتجاج المزني به.

والوجه الثاني: وهو قول كثير من أصحابنا البصريين وغيرهم أن بيع الثوب يرى بعضه لا يجوز على القولين معاً.

والفرق بينه وبين العين الغائبة من وجهين:

أحدهما: أن الثوب إذا رأى بعضه اجتمع فيه حكمان مختلفان، لأن ما رأى منه لا خيار له فيه، وما لم يـر منه لـه فيه الخيار، فصارا حكمين متضادين جمعهما عقد واحد، فبطل، وليس كذلك إذا كان غائباً كله.

والثاني: أن بيع العين الغائبة إنما أجيز على خيار الرؤية، للضرورة الداعية عند تعذر الرؤية، لينفع النفع العاجل للبائع بتعجيل الثمن، وللمشتري بالاسترخاص وليس كذلك في العين الحاضرة؛ لأن الضرورة ليست داعية إليه ولا الرؤية متعذرة منه.

فصل: فإذا تقرر أن بيع العين الغائبة إذا وصفت على قولين:

فإن قيل: إن بيعها غير جائز فلا تفريع عليه.

وإن قيل: إن بيعها جائز إذا وصفت، فلا يخلو حال البائع الواصف لها من أحد أمرين:

إما أن يكون قد وصفها عن مشاهدة، أو عن صفة:

فإن كان قد وصفها عن مشاهدة، جاز.

وإن كان قد وصفها عن صفة؛ لأنه كان قد وكل في ابتياعها وكيلاً، ووصفها الوكيل له بعد الابتياع من غير مشاهدة، ثم وصفها البائع عن صفة الوكيل، ففي جواز ذلك وجهان:

أحدهما: أنه جائز؛ لأنه لما جاز أن يشتري المشتري بالصفة من غير رؤية؛ جاز أن يبيع البائع بالصفة من غير رؤية.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز، وبه قال ابن أبي هريرة لأمرين:

أحدهما: أن المبيع إذا لم يره البائع والمشتري، كان أكثر غرراً، وإذا لم يره المشتري وحده، كان أقل غرراً، والغرر إذا قل في العقد عفي عنه، وإذا كثر لم يعف عنه.

والثاني: أن البائع إذا وصفها من غير رؤية، صار بائعاً لها بصفة عن صفة. وذلك غير جائز كالأعمى في بيوع الأعيان لا يصح منه؛ لأنه يبيعها بصفة عن صفة.

فعلى هذين التعليلين لو كان المشتري قد رأى المبيع ولم يره البائع لكن وصفه له، فعلى الأول يجوز لقلة الغرر برؤية أحدهما، وعلى التعليل الثاني لا يجوز، لأنه يصير بائعاً بصفة عن صفة.

فصل: فأما كيفية الصفة: فلا بد من ذكر الجنس والنوع.

فالجنس أن يقول: عبد أو ثوب.

والنوع أن يقول في الثوب: إنه قطن أو كتان، وفي العبد أن يقول: رومي أو زنجي، ليصير المبيع معلوم الجملة عند المشتري وهل يحتاج مع ذكر الجنس والنوع إلى ذكر الصفة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحتاج إلى ذكر الصفة، ويجوز أن يقتصر على ذكر الجنس والنوع؛ لأنه مبيع لم يتعلق بالذمة، فلم يحتج إلى صفة كسائر الأعيان.

والوجه الثاني: لا بد من ذكر الصفة، لأنه مبيع غائب، فافتقر إلى ذكر الصفة كالمسلم فيه.

فعلى هذا إذا قيل: إن الصفة شرط في صحة العقد، فهل يصح أن يصفه بأقل صفاته أو لا يصح إلا بذكر أكثر صفاته؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح أن يصفه بأقل صفاته، لأنه قد يخرج بذلك عن الجهالة. فعلى هذا يذكر في العبد الرومي بصفة أنه خماسي أو سداسي، وفي الثوب القطن أنه مروي أو هروي.

والوجه الثاني: أنه لا يصح حتى يصفه بأكثر صفاته؛ ليتميز بكثرة الصفات عن غيره من الموصوفات. فلى هذا يذكر في العبد الرومي الخماسي قده وبدنه، وفي الثوب القطن المروي طوله وعرضه.

فأما ذكر جميع صفاته فليست شرطاً باتفاق أصحابنا، فإن وصفه بجميع صفاته فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال البغداديون: يجوز؛ لأنه أنفى للجهالة، وأبلغ في التمييز.

وقال البصريون: لا يجوز؛ لأنه يخرج عن بيوع الأعيان، ويصير من بيوع السلم، والسلم في الأعيان لا يجوز، فكذلك وصف العين الغائبة بجميع صفاتها لا يجوز. فهذا حكم الصفة.

فصل: [بيان موضع البيع]

فأما ذكر موضع المبيع، فيختلف بحسب اختلاف المبيع.

فإن كان المبيع مما لا ينقل كالأرض والعقار، فلا بد من ذكر البلد الذي فيه، فيقول: بعتك داراً بالبصرة أو بغداد، لأنَّ بذكر البلد، يتحقق ذكر الجنس، ويصير في جملة المعلوم.

فأما ذكر البقعة من البلد؟ ففيه وجهان:

أحدهما: يلزم ذكرها.

والثاني: لا يلزم ذكرها؛ لأن البقعة تجري مجرى الصفة.

فأما إن كان المبيع الغائب مما ينقل ويحول كالعبد والثوب، فلا بد من ذكر البلد الذي هو فيه، لأن القبض يتعجل إن كان البلد قريباً، ويتأخر إن كان البلد بعيداً، فافتقر العقد إلى ذكره؛ ليعلم به تعجيل القبض من تأخيره.

فأما ذكر البقعة من البلد، فلا يلزم، لأن البلد الواحد لا يختلف أطرافه كالبلاد المختلفة. فإذا ذكر له البلد الذي هو فيه، فالواجب أن يسلمه إليه في ذلك البلد لا في غيره، فإن شرط المشتري على البائع أن يسلمه إليه في البلد الذي تبايعا فيه وهو في غيره لم يجز، وكان البيع فاسداً.

فإذا قيل: أليس لو شرط في السلم أن يسلمه في بلد بعينه جاز، فهلا جاز مثل ذلك في العين الغائبة؟.

قيل: لأنّ السلم مضمون في الذمّة، وليس يختص بموضع دون غيره، فاستوى جميع المواضع فيه، فافتقر إلى ذكر الموضع الذي يقع القبض فيه، وليس كذلك العين الغائبة، لأنها غير مضمونة في الذمّة، وهي معينة قد اختصت بموضع هي فيه فلم يجز اشتراط نقلها إلى غيره، لأنه يصير تبعاً وشرطاً في معنى بيع ثوب على أنه على البائع خياطته، أو طعام أن على البائع طحنه.

هل العقد قبل الرؤية تام أم لا؟

فإذا عقد بيع العين الغائبة على الوصف المشروط فيه.

فقد اختلف أصحابنا هل يكون العقد تاماً قبل الرؤية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن العقد ليس بتامٍّ قبل الرؤية، لأن تمام العقد يكون بالرضا به وقبل الرؤية لم يقع الرضا به، فلم يكن العقد تامًّا، فعلى هذا، لو مات أحدهما بطل العقدُ، ولم يقم وارثه مقامه، لأنَّ العقود غير اللازمة، تبطل بالموت، وكذلك لو جُنَّ أحدهما، أو حجر عليه بسفه بطل العقد.

وعلى هذا لكل واحد من البائع والمشتري أن يفسخ العقد قبل الرؤية.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن العقد قد تم قبل الرؤية بالبذل والقبول، وإنما فيه خيار المجلس ما لم يتفرّقا، كسائر البيوع.

فعلى هذا لو مات أحدهما لم يبطل العقد، وقام وارثه مقامه وكذلك لو جن أحدهما، أو حجر عليه بسفه، لم يبطل العقد وقام وليُّه مقامه.

وعلى هذا ليس لواحد منهما بعد الافتراق وقبل الرؤية أن يفسخ العقد.

فصل: [بيان وقت الخيار]

فإذا رأى المشتري السلعة المبيعة، فهل يثبت له خيار المجلس أو خيار العيب؟ على وجهين:

أحدهما: يثبت له خيار المجلس ـ وهو قول أبي إسحاق ـ لأن عنده بالرؤية تم العقد. فعلى هذا له الخيار في الفسخ على التراخي، ما لم يفارق مجلسه، سواء وجد السلعة ناقصة عما وصفت أم لا. وله أن يشترط في المجلس خيار الثلاث، وتأجيل الثمن، والزيادة فيه، والنقصان منه.

والوجه الثاني: يثبت له بالرؤية خيار العيب ـ وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ـ لأن عنده أنَّ بالبذل والقبول، قد تمَّ العقد. فعلى هذا إن وجدها على ما وصفت لم يكن له خيار، وإن وجدها ناقصة، كان له الخيار في الفسخ على الفور.

ولا يجوز أن يشترط بعد الرؤية خيار الثلاث، ولا تأجيل الثمن، ولا الزيادة فيه والنقصان منه.

فصل: فأما خيار البائع، فلا يخلو حاله من أحد أمرين:

إما أن يكون بيعه عن رؤية، أو عن صفة:

فإن كان بيعه عن رؤية، فهل له الخيار أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له الخيار ـ وهو قول أبي إسحاق ـ لأن عنده أن بالرؤية يثبت خيار المجلس.

والوجه الثاني: لا خيار له ـ وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ـ لأنه يقول: إن العقد قد تم، وبالرؤية يثبت خيار العيب.

وإن كان بيعه عن صفة، وجوّزناه على أحد الوجهين، فلا يخلو حاله عند رؤية المبيع من أحد أمرين:

إما أن يجده زائداً على ما وصف له، أو غير زائد.

فإن وجده زائداً عما وصف له، فله الخيار في الفسخ، لا يختلف كالمشتري إذا رآه ناقصاً. وهل يكون خياره على الفور أو على التراخي؟ على وجهين:

أحدهما: على التراخي ما لم يفارق مجلسه، وهو قول أبي إسحاق.

والثاني: على الفور، وهو قول أبي علي. فإن لم يجده زائداً، فهل له الخيار أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: له الخيار؛ لأن عنده أن العقد يتمّ بالرؤية، ويثبت بعدها خيار المجلس.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: لا خيار له، لأن عنده أن العقد قد تمّ بالبذل والقبول، ويثبت بالرؤية خيار العيب. فهذا الكلام في بيع العين الغائبة على خيار الرؤية وما يتعلق عليه من أحكام.

فصل: فأما بيع العين الغائبة بغير شرط خيار الرؤية فباطل لا يختلف فيه المذهب، لأنه بيع ناجز على عين غائبة، وهو أصل الغرر.

وأما بيع العين الحاضرة على شرط خيار الرؤية، كثوب في سفط، أو مطوي، يبيعه موصوفاً من غير رؤية، بشرط خيار الرؤية. فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه كبيع العين الغائبة على قولين؛ لأن الحاضر يساوي الغائب في العلم به إذا وصف، ويزيد عليه في زوال الغرر بتعجيل القبض.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز قولاً واحداً، بخلاف العين الغائبة، وهو قول أكثر أصحابنا، وإليه أشار أبو إسحاق المروزي، وابن أبي هريرة، لأن الحاضر مقدور على رؤيته، فارتفعت الضرورة في جواز بيعه على خيار الرؤية، والغائب لما لم يقدر على رؤيته دعت الضرورة إلى جواز بيعه على خيار الرؤية.

فأما بيع السلجم، والجزر، والبصل، والفجل، في الأرض قبل قلعه على شرط خيار الرؤية.

فقد كان بعض أصحابنا يخرج جواز بيعه على قولين كالعين الغائبة.

وقال سائر أصحابنا: إن بيع ذلك باطل قولاً واحداً.

والفرق بين هذا وبين العين الغائبة من وجهين:

أحدهما: أن وصف الغائب ممكن؛ لتقدم الرؤية له، ووصف هذا في الأرض قبل قلعه غير ممكن.

والثاني: أن المشتري إذا فسخ بيع الغائب، أمكن ردّه إلى حاله، وإذا فسخ بيع هذا المقلوع من الأرض، لم يمكن ردّه إلى حاله.

فأما بيع التمر المكنون في قواصره وَجِلَالِهِ:

فقد كان بعض أصحابنا يخرج بيعه على قولين كالغائب.

وقال سائر أصحابنا البصريين: يجوز بيعه في قواصره، قولاً واحداً إذا شاهد رأس كل قوصرة؛ لأن في كسر كل قوصرة لمشاهدة ما فيها مشقة وفساداً، وقد أجمع عليه علماء الأعصار بالبصرة.

وإما ما سوى التمر من الأمتعة التي في أوعيتها، فلا يخلو حالها من أحد أمرين: إما أن يكون ذائباً، أو غير ذائب.

فإن كان ذائباً كالزيت والعسل، فإذا شاهد يسيراً مما في الوعاء أجزأه عن مشاهدة جميعه وجاز بيعه قولاً واحداً، كالصبرة من الطعام.

وإن كان غير ذائب فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مما تتفاوت أجزاؤه، ويباين بعضه بعضاً، كالثياب، فلا يجوز بيعها إلا بمشاهدة جميعها، إلا أن يبيعها من غير مشاهدة بشرط خيار الرؤية، فيكون في حكم بيع العين الغائبة أو الحاضرة على خيار الرؤية.

والثاني: إن كان مما تتماثل أجزاؤه في الغالب، أو تتقارب كالدقيق والقطن.

فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال بعضهم: لا يصح بيعه إلا برؤية جميعه كالثياب. وقال آخرون: يجوز بيعه برؤية بعضه كالذائب.

فصل: قال الشافعي رحمه الله في كتاب الصرف: ولا يجوز بيع خيار الرؤية مؤجلاً ولا بصفة.

فأما قوله: مؤجلاً: يعني به تأجيل تسليم المبيع، كقوله بعتك داراً بالبصرة، أو بغداد، على أن أسلمها إليك بعد شهر، فهذا باطل، لأنه عقد على عين بشرط تأخير القبض، وذلك غير جائز.

فإن قيل: فقبض الغائب لا بدّ أن يكون مؤخراً.

قيل: هو مؤخر بغير أجل محدود، فجاز، وليس كذلك مع الشرط؛ لأنه قد يقدر على التسليم قبل الأجل، فيؤخّره لأجل الشرط، وقد لا يقدر عليه عند الأجل، فيلزم تسليم ما لا يقدر عليه بالشرط.

وأما قوله: ولا بصفة. فقد اختلف أصحابنا في تأويلها على وجهين:

أحدهما: وهو تأويل البصريين: أن يصف العين الغائبة بجميع صفاتها، فلا يجوز، لأنها تصير على قولهم في معنى السلم في الأعيان.

والثاني: تأويل البغداديين: أن يجعل بيع العين الغائبة مضموناً في ذمّته، فلا يجوز كالسلم في الأعيان.

قال الشافعي: ويجوز بيع العين الغائبة بثمن حال ومؤجل؛ لأن بيوع الأعيان يصح تأجيل الثمن فيها، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة، لأنه بيع عين بدين، وليس كالسلم المضمون في الذمم، فلا يصح بيعه بمؤجل؛ لأنّه يصير في معنى بيع الدين بالدين. فهذا جملة الكلام في بيع خيار الرؤية وما يتفرّع عليه ويتصل به.

فصل: فأما بيع العين الغائبة مع تقدّم الرؤية، وهو أن يكون البائع والمشتري قد شاهدا السلعة ثم غابا عنها، وعقدا البيع عليها. فلا يخلو حال الرؤية من أحد أمرين: إما أن تكون قريبة المدة، أو بعيدتها. فإن كانت المدة قريبةً وليس لها حدّ مقدّر فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن البيع جائز.

وقال أبو القاسم الأنماطي من أصحابه: البيع باطل، حتى تكون الرؤية مقارنة للعقد. وقال أبو سعيد الاصطخري: قلت لمن يناظر عن الأنماطي: ما يقول صاحبك في الدار إذا رآها المشتري، وخرج إلى الباب، واشتراها؟ قال: لا يجوز. قلت: فإن رأى خاتماً وأخذه في كفه ثم اشتراه؟ قال: لا يجوز قلت: فإن رأى أرضاً وخرج منها إلى جانبها ثم اشتراها؟ قال: فتوقف، لأنه لو قال: يجوز لناقض مذهبه، ولو قال: لا يجوز، لما أمكن ابتياع الأرض. فهذا قول الأنماطي، وقلّ من تابعه على ذلك من الفقهاء.

واستدل على ذلك:

بأن الرؤية لما كانت شرطاً في بيوع الأعيان، وجب أن تقترن بالعقد، كالصفة في بيع السلم.

وهذا المذهب شاذ الاعتقاد واضح الفساد؛ لأن الرؤية إنما أريدت ليصير المبيع معلوماً، ولا يكون مجهولاً، وهذا المعنى موجود في الرؤية المتقدمة على العقد، كوجوده في الرؤية المقترنة بالعقد، وليس كذلك الصفة. فهذا حكم الرؤية المتقدمة إذا كانت المدة قريبة.

فأما إذا كانت مدّة الرؤية بعيدة، فلا يخلو حال المشتري من أحد أمرين: إمّا أن يكون ذاكراً لأوصاف المبيع أو غير ذاكر: فإن كان غير ذاكر لأوصاف المبيع لبعد العهد وطول المدّة، فهذا في حكم من لم يره، فإن ابتاعه على غير خيار الرؤية، لم يجز.

وإن ابتاعه بخيار الرؤية، كان على قولين، وإن كان ذاكراً لأوصاف المبيع، لم تخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مما لا يتغير في العادة، كالحديد، والنحاس، فبيعه جائز، فإن رأى فيه بعد العقد عيباً، فله الخيار.

والقسم الثاني: أن يكون مما يتغيّر فلا يبقى مع طول المدّة، كالفواكه الرطبة، والطبائخ.

فينظر في حاله حين العقد فإن كان قد مضى عليه من المدّة لا يبقى فيها كان بيعه باطلاً وإن كان قد مضى عليه من المدة ما يعلم بقاؤه فيها فبيعه جائز.

وإن كان قد مضى من المدة ما يجوز أن يبقى فيها ويجوز أن يتلف، فبيعه باطل؛ لأنه عقد على عين لا يعلم بقاؤها.

وفيه وجه آخر: أن بيعه جائز، لأن الأصل بقاء العين ما لم يعلم تلفها.

والقسم الثالث: أن يكون مما يجوز أن يتغير ويجوز أن لا يتغير كالحيوان، ففيه قولان:

أحدهما: يجوز بيعه بالرؤية المتقدمة، وقد نص عليه في البيوع، لأن الأصل سلامته وبقاؤه على حاله، وبه قال أكثر أصحابنا.

والقول الثاني: أن بيعه لا يجوز، وقد أشار إليه الشافعي في كتاب الغصب واختاره المزني؛ لأنه متردد بين سلامة وعطب.

والقول الأول أصح، وعليه يكون التفريع، فإذا تبايعا بالرؤية المتقدمة، ثم رآه المشتري بعد البيع على ما كان رآه من قبل، فلا خيار له، وإن رآه متغيراً، فله الخيار.

فلو اختلفا، فقال المشتري: وجدته متغيراً، وقال البائع: بل هو على ما كان عليه من قبل.

قال الشافعي في كتاب الصرف: القول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه يريد انتزاع الثمن من يده، فلا ينتزع منه إلا بقوله. والله أعلم بالصواب.

باب خيار المتبايعين ما لم يتفرقا

مسألة: قَـالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَـرَنَا مَـالِكٌ عَنْ نَـافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَـرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَـا عَلَى صَاحِبِـهِ بِالْخَيَـارِ مَا لَمْ يَتَفَـرَّقَا إِلَّا بَيْـعَ الْخَيَار»[1]. (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَفِي حَدِيث آخرَ أَنَّ ابْنَ عَمَرَ كَـانَ إِذَا أَرَادَ أَنْ يُوجِبَ الْبَيْـعَ مَشَى قَلِيلاً ثُمَّ رَجَعَ وَفِي حَدِيثِ أَبِي الْوَضِيءِ قَالَ كُنَّا فِي غَزَاةٍ فَبَاعَ صَاحِبٌ لَنَا فَرَساً مِنْ رَجُلٍ فَلَمَّا أَرَدْنَا الرَّحِيلَ خَاصَمَهُ فِيهِ إِلَى أَبِي بُرْزَة فَقَالَ أَبُو بُرْزَةَ سَمِعْتُ رَسُـولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «الْبَيِّعَـانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا» (قَال) وَفِي الْحَدِيثِ مَا لَمْ يحْضُر يَحْيَى بْن حَسَّانٍ حِفْظَهُ وَقَدْ سَمِعْتُهُ مِنْ غَيْرِهِ أَنَّهُمَا بَاتَا لَيْلَةً ثُمَّ غَدَوا عَلَيْهِ فَقَالَ لاَ أَرَاكُمَا تَفَرَّقْتُمَا وَجَعَـلَ لَهُمَا الْخَيَـارَ إِذْ بَقِيَا فِي مَكَـانٍ وَاحِدٍ بَعْدَ الْبَيْعِ وَقَالَ عَطَاءٌ يُخَيَّرُ بَعْدَ وُجُوبِ الْبَيْعِ وَقَالَ شُـرَيْحٌ شَـاهِدَا عَـدْلٍ أَنَّكُمَا تَفَـرَّقْتُمَا بَعْدَ رِضاً بِبَيْعٍ أَوْ خَيَّرَ أَحَدُكُمَا صَاحِبَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَبِهَذَا نَأْخُـذُ وَهُوَ قَـوْلُ الأكثَرِ مِنْ أَهْلِ الْحِجَازِ وَالأَكْثَرِ مِنْ أَهْلِ الآثَارِ بِالْبُلْدَانِ (قال) وَهُمَا قَبْـلَ التَّسَاوُمِ غَيْـرُ مُتَسَاوِمَيْنِ ثُمَّ يَكُونَانِ مُتَسَاوِمَيْنِ ثُمَّ يَكُونَانِ مُتَبَايِعَيْنِ فَلَوْ تَسَاوَمَا فَقَالَ رَجُلٌ امْرَأَتِي طَالِقٌ إِنْ كُنْتُمَا تَبَايَعْتُمَا كَانَ صَادِقاً وَإِنَّمَـا جَعَلَ لَهُمَـا النَّبِيُّ ﷺ الْخَيَارَ بَعْـدَ التَّبَايُـعِ مَا لَمْ يَفْتَـرِقَا فَـلاَ تَفَرُّقَ بَعْـدَمَا صَـارَا مُتَبَايِعَيْنِ إِلَّا تَفَرُّقُ الأَبْدَانِ».

قال الماوردي: اعلم أن العقود على أربعة أقسام:

أحدها: ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال ولا يُفْضِي إلى اللزوم في ثاني حال.

والثاني: ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال، ولكن قـد يُفْضِي إلى اللزوم في ثاني حال.

والثالث: ما كان لازماً من جهة أحـد المتعاقـدين في الحال دون العـاقد الآخـر بكل حال.

---

(١) أخـرجـه البخـاري ٤/٣٢٦ في البيـوع حـديث (٢١٠٧) ومسلم ٣/١١٦٣ في البيـوع حـديث (١٥٣١/٤٣)

والرابع: ما كان لازماً من جهة المتعاقدين في الحال.

فأما القسم الأول: وهو ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال، ولا يُفْضِي إلى اللزوم في ثاني حال، فهو خمسة عقود:

الوكالة، والشركة، والمضاربة، والعارية، والوديعة.

فالخيار فيها مؤبد من جهتي المتعاقدين معاً. فإن شرط فيها إسقاط الخيار، بطلت، لأنها تصير بإسقاط الخيار لازمة، وهي عقود جائزة غير لازمة.

وأما القسم الثاني: وهو ما كان غير لازم في الحال، ولكن قد يُفْضي إلى اللزوم في ثاني حال، فهو خمسة عقود:

الجعالة: وهي قول الرجل: من جاءني بعبدي الآبق فله دينار.

والعتق بعوض كقوله: أعتق عبدك عني بدينار.

واستهلاك الأموال بالضمان كقوله: أَلْقِ مَتَاعَكَ في البَحْرِ وعليَّ قيمته.

والقرض، والهبة.

فهذه العقود الخمسة غير لازمة في الحال، فإن جيءَ بالآبق، وأعتِقَ العبد، وألقي المتاع في البحر، واستهلك القرض، وأقبضت الهبة، لزمت. فيكون الخيار فيها قبل لزومها للمتعاقدين معاً.

فإذا لزمت سقط الخيار من جهتهما جميعاً.

فلو شرط فيها إسقاط الخيار قبل لزومها، أو شرط إثبات الخيار فيها بعد لزومها، بطلت.

وأما القسم الثالث: وهو ما كان لازماً من جهة أحد المتعاقدين دون الآخر، فهو ثلاثة عقود:

الرهن والضمان والكتابة.

فالخيار فيها ثابت للمرتهن دون الراهن، وللمضمون له دون الضامن، وللمكاتب دون السيد. فإن شرط إسقاط الخيار في الجهة التي فيها الخيار، أو شرط إثبات الخيار في الجهة التي ليس فيها الخيار، بطلت.

وأما القسم الرابع: وهو ما كان لازماً من جهة المتعاقدين معاً فهو على أربعة أقسام:

أحدها: ما لا يثبت فيه الخيار لواحد من المتعاقدين بحال، لا في المجلس، ولا بالشرط، وذلك ثلاثة عقود:

النكاح، والخلع، والرجعة.

ليس فيها إذا تمت خيار مجلس ولا خيار شرط.

فإن شرط فيها أحد الخيارين، بطلت.

والقسم الثاني: ما لا يدخله خيار الشرط. واختلف أصحابنا في دخول خيار المجلس فيه على وجهين، وذلك ثلاثة عقود:

الإجارة، والمساقاة، والحوالة.

وهل تبطل باشتراط خيار المجلس؟ على وجهين:

والقسم الثالث: ما لا يدخله خيار الشرط ويدخله خيار المجلس قولاً واحداً: وهو ما كان القبض قبل الافتراق شرطاً في صحته، وذلك عقدان:

المصرف، والسلم.

فإن شرط فيها خيار الثلاث بطلا.

والقسم الرابع: ما يدخله خيار المجلس بغير شرط، وخيار الثلاث بالشرط.

وهو سائر عقود البياعات.

يثبت فيها خيار المجلس بالعقد من غير شرط.

وبمذهبنا في ثبوت خيار المجلس في سائر البياعات قال من الصحابة: عثمان، وابن عمر، وابن عباس، وأبو بَرْزَةَ الأَسْلَمي.

ومن التابعين: شُرَيْحُ، وابن المسيب، والحسن، وعطاء، وطاوس.

ومن الفقهاء: الزهري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة، ومالك: البيع لازم بالإيجاب والقبول، ولا يثبت فيه خيار المجلس بحال.

استدلالاً بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فندب إلى الإشهاد على البيع، لأجل الاستيثاق فيه، فلو كان لأحدهما الفسخ بعد العقد المشهود عليه، لم يحصل الاستيثاق، ولبطلت فائدة الإشهاد. وبرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَفْقَةَ خَيَارٍ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»[1]. ولو جاز لأحدهما الفسخ من غير استقالة لم يكن لنهيه عن الافتراق خشية الاستقالة معنى، فدل على أن الفسخ لا يستحق إلا بالاستقالة.

وبما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «الْبَيْعُ عَنْ صَفْقَةٍ أَو خَيَارٍ»[2].

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/١٨٣ وأبو داود ٣/٧٣٦ في البيوع حديث (٣٤٥٦) والترمذي ٣/٥٥٠ في البيوع حديث (١٢٤٧) وقال حسن وأخرجه النسائي ٧/٢٥١.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٧٢.

فنوع البيع نوعين: نوعاً أثبت فيه الخيار بالشرط، ونوعاً نفى عنه الخيار من غير شرط، فعلم أنه لا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح.

ولأنه عقد معاوضة، فوجب أن لا يثبت فيه خيار مجلس كالنكاح.

ولأنّه عقد يلحقه الفسخ، فوجب أن لا يثبت فيه خيار المجلس كالكتابة.

ولأنّه خيار مجهول، لم يوجبه نقص، فوجب أن لا يثبت في البيع كالمشروط من الخيار المجهول.

ولأن تأثير التفرّق إنما هو الفسخ لا اللزوم، ألا ترى أنهما إذا تصَارَفَا، ثم افترقا من غير قبض، بطل الصَّرْفُ، وإذا كان تأثير التفرّق هو الفسخ، لم يجز أن يلزم به العقد؛ لأنه لا يجوز أن يكون الشيء الواحد مؤثّراً في فسخ العقد وفي إلزامهما معاً في حال واحدة، لأنهما ضِدَّان. ولأن البيع لما لزم بتراضيهما بعد العقد، وهو أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر البيع، فيختار، لم يجز أن يلزم بتراضيهما حال العقد، ووجب أن يكون لازماً بمجرد الإيجاب والقبول، لأن الإيجاب والقبول، إنما هو رضاً منهما بالعقد، ألا ترى أنّهما لو كانا عند الإيجاب والقبولِ مُكْرَهَيْنِ لم يصح العقد.

فصل: والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه: ثبوت السُّنَّة به من خمسة طُرُقٍ:

فأحدها: حديث ابن عمر، وهو وارد من طريقين:

أحدهما: من طريق نافع. **والثاني**: من طريق عبدالله بن دينار.

فأما نافع فقد روى عنه من طريقين: **أحدهما**: ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتفرَّقَا»[1].

والثاني: رواه الشافعي عن سفيان عن ابن جُرَيْجٍ عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا تَبَايَعَ الْمُتَبَايِعَانِ الْبَيْعَ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخَيَارِ مِنْ بَيْعِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَكُونَ بَيْعُهُمَا عَنْ خَيَارٍ، فَإِنْ كَانَ عَنْ خَيَارٍ فَقَدْ وَجَبَ»[2] قال نافع: وكان ابن عمر إذا ابتاع البيع، فأراد أن يوجب البيع مشى قليلاً ثم رجع.

وأما عبدالله بن دينار فقد روي عنه من طريقين:

أحدهما: رواه الشافعي عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن أبي عمر، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الْبَيِّعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخَيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَكُونَ بَيْعُهُمَا عَنْ خَيَارٍ، فَإِذَا كَانَ الْبَيْعُ خِيَارٍ فَقَدْ وَجَبَ»[3].

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند ٢/١٥٤ حديث (٥٣١).

(٢) أخرجه الشافعي في المصدر السابق (٥٣٣).

(٣) أخرجه الشافعي في المصدر السابق (٥٣٥).

والثاني: رواه الشافعي عن وكيع عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي ﷺ قَالَ: «كُلُّ بَيِّعَيْنِ فَلاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا حتَّى يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»(١).

والثاني: حديث أبي بَرْزَةَ. رواه الشافعي قال: أخبرنا الثقة يحيى بن حسان عن حماد بن زيد عن جميل بن مرّة، عن أبي الوَضِيء قال: كنا في غزاة، فباعَ صاحب لنا فرساً من رجل، فلما أردنا الرحيل خاصمه فيه إلى أبي برزة، فقال أبو برزة: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الْبَيِّعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»(٢).

قال الشافعي: وفي الحديث ما يبين هذا لم يحضر يحيى بن حسان حفظه، وقد سمعته من غيره: أنهما باتا ليلةً، ثم غدوا عليه، فقال: ما أراكما تفرّقتما، وجعل لهما الخيار إذا باتا مكاناً واحداً بعد البيع.

والثالث: حديث حكيم بن حزام رواه الشافعي قال: أخبرنا الثقة يحيى بن حسان عن حماد بن سلمة عن قتادة، عن أبي الخليل عن عبدالله بن الحرث عن حكيم بن حزام قال: قال رسول الله ﷺ: «الْبَيِّعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا وَجَبَتِ الْبَرَكَةُ فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وكَتَمَا مُحِقَتِ الْبَرَكَةُ مِنْ بَيْعِهِما»(٣).

والرابع: حديث أبي هريرة. رواه أبو زرعة عن عمرو بن حريث عن أبي هريرة أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أمر مناديه أن ينادي ثلاثاً «لَا يَفْتَرِقَنَّ بَيِّعَانِ إِلَّا عَنْ تَرَاضٍ»(٤).

والخامس: حديث عمرو بن شعيب: وقد تقدم ذكره في دليل المخالف.

فدلت هذه الأخبار كلها بصريح القول ودليله على ثبوت خيار المجلس للمتعاقدين معاً ما لم يتفرّقا بالأبدانِ، أو يجعل أحدهما لصاحبه الخيار، فيختار.

فإن قيل: فإنما جعل لهما رسول الله ﷺ الْخَيَارَ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا بالكلام: فيكون المراد بالافتراق افتراقُ الكلامِ دون افتراقِ الأبدان: وهو أن يكون للمشتري الخيار بعد بَذْلِ البائع في أن يقبل أو لا يقبل، وللبائع الخيار قبل قبول المشتري في أن يرجع في البَذْلِ أو لا يرجع، فإذا قَبِلَ المشتري ولم يكن قد رجع البائع، فقد تم البيع، وانقطع الخيار سواء افترقا بالأبدانِ أو لم يفترقا.

---

(١) أخرجه البخاري ٣٩١/٤ في كتاب البيوع حديث (٢١١٣) ومسلم ١١٦٣/٣ في كتاب البيوع حديث (٥٣١/٤٣).

(٢) أخرجه الشافعي في الأم ٣/٣ وفي المسند ١٥٥/٢ حديث (٥٣٦) وأبو داود في السنن حديث (٣٤٥٧) والترمذي تابع حديث (١٢٤٦) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٧٠/٥.

(٣) أخرجه البخاري ٣٦٢/٤ في كتاب البيوع حديث (٢٠٧٩) ومسلم ١١٦٤/٣ في البيوع حديث (١٥٣٢/٤٧).

(٤) أخرجه أبو داود في السنن حديث (٢٤٥٨) والترمذي في السنن حديث (١٢٤٨) والبيهقي ٢٧١/٥.

قالوا: وهذا أولى من حمله على افتراق الأبدان من وجهين:

أحدهما: أنه معهود الافتراق في الشرع قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا من سعَتِهِ﴾ [النساء: ١٣٠] يعني: بالطلاق والطلاقُ كلامٌ.

وقال النبي ﷺ: «تَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً»(١) يعني: في المذاهب.

والثاني: أن حمله على التفرُّقِ بالكلام حقيقةٌ، وعلى التَفَرُّقِ بالأبدانِ مجازٌ، لأنه جعل الخيار للمتبايعين، وهما يُسَمَّيان في حال العقد متبايعين حقيقة، وبعد العقد مجازاً، كما يقال: ضارب، فيسمّى بذلك في حال الضرب حقيقةً، وبعد الضرب مجازاً، وإذا كان كذلك كان حمله على الحقيقة أولى من حمله على المجاز، فثبت بهذين الوجهين أن المراد به التَفَرُّقُ بالكلام دون التفرق بالأبدان.

فالجواب عنه: دليل، وانفصال. فأما الدليل على أن المراد به التفرّق بالأبدان دون الكلام فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنّ التفرُّق لا يكون إلا عن اجتماع، فإذا تفرّقا بالأبدان بعد البيع، كان تفرقاً عن اجتماع في القول حين العقد وعن اجتماع بالأبدان.

ولا يصح تفرقهما بالكلام، لأنّهما حال التساوم مفترقان، لأن البائع يقول: لا أبيع إلا بكذا، والمشتري يقول: لا أشتري إلا بكذا.

فإذا تبايعا فقد اجتمعا في القول بعد أن كانا مفترقين فيه. وهذه دلالة أبي إسحاق المروزي.

والثاني: أن خيار المشتري بعد بذل البائع وقبل قبوله معلومٌ بالإجماع، إذ لو سقط خياره ببذل البائع لوجبت البياعاتُ جبراً بغير اختيار بعد اختيار ولأفضى الأمر فيها إلى ضرر وفساد، والخيارُ بعد البيع غير مستفاد إلا بالخبر، فكان حملُ الخبرِ على ما لم يُسْتَفَدْ إلا منه أولى منم حمله على ما استفيد بالاجماع، لأنْ لا يَعْرَى الخبرُ من فائدة. وهذه دلالة ابن جرير الطبري.

والثالث: أن اللفظ إذا ورد، وكان يحتمل معنيين، وكان المرادُ أحدهما بالإجماع لا هما معاً، ولم يكن في اللفظ تمييزُ المراد منهما، كأن ما صار إليه الرّاوي هو المرادُ بهِ دونَ الآخر، فلمّا كان الافتراق يحتملُ أن يُرَادَ به الافتراقُ بالكلام مع بُعْدِهِ، ويحتمل أن يكون المراد به الافتراقُ بالأبدان مع ظهوره، وكان ابن عمر، وأبو برزة، وهما من رواة الخبر

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٣٣٢ وأبو داود في السنن حديث (٤٥٩٦، ٤٥٩٧) والترمذي في السنن حديث (٢٦٤٠).

يذهبان إلى أن المراد به التفرُّق بالأبدان، لأن ابن عمر كان إذا أراد أن يُوجِبَ البيعَ مَشى قليلاً ثم رجع، وأبو برزة قال للمتبايعين حين باتا ليلةً ثم غدوا عليه قال: ما أراكما تَفَرَّقْتُمَا عن رضاً مِنْكُمَا بِبَيْعٍ اقتضى أن يكون هو المراد بالخبرِ دون المعنى الآخَر. وهذه دلالة الشافعي رضي الله عنه.

فإن قيل: فقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا وَلَغَ الْكَلْبُ فِي إِنَاءِ أَحَدِكُمْ فَأَرِيقُوهُ، وَاغْسِلُوهُ سَبْعاً» ثم أفتى أبو هريرة رضي الله عنه بالثلاثِ، فلم تَصِيروا إلى قوله، واستعملتم الخبرَ على ظاهره.

قيل: نحن لا نقبل قول الراوي في التخصيص، ولا في النسخ، ولا في الإسقاط، وإنما نقبله في تفسير أحد محتمليه إذا أجمعوا على أن المراد أحدهما.

وقوله: «اغْسِلُوهُ سَبْعَاً» يقتضي وجوب الغسل سبعاً، وفتوى أبي هريرة بالثلاث إسقاط لباقي السبع، فلم يقبل، وكما روى ابن عباس أنّ النبيّ ﷺ قال: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»[1] وكان يذهب إلى أن المرتدةَ لا تقتل.

فلم نقض بمذهبه على روايته، لأنّ فيه تخصيصاً، وقولُ الراوي لا يقبل في التخصيص.

على أن أبا علي بن أبي هريرة قال: أحمله على الأمرين معاً، فأحمله على التفرق بالكلام، وعلى التفرّق بالأبدان، فأجعل لهما في الحالين الخيار بالخبر. وهذا صحيح لولا أن الإجماع منعقدٌ على أن المرادَ به أحدُهُمَا.

فأما الانفصال عن قولهم: إنّ معهود الافتراق إنما هو بالكلام دون الأبدان فمن وجهين:

أحدهما: أن هذا تأويلٌ مستحدث يدفعه إجماع من سلف، لأن كل من تَقَدَّمَ مِن السلف حمله على التفرّق بالأبدان، حتّى أن مالكاً روى الخبر، فقيل له: فلم خالفته؟ قال: وجدتُ عمل بلدنا بخلافه، ورُوِيَ لأبي حنيفة فقال: أرأيتَ لو كانا في سفينة فحصل التسليم منهما، إن المراد به التفرقُ بالأبدان، ولم يتنازعا في تأويله، وإنّما ذكراً شبهةً واهيةً في ترك العمل به.

والثاني: أنه لو يجتمع السلف على أن المراد به التفرق بالابدان لكان هو حقيقة التفرق في اللسان، والشرع، وإن كان ربما استعمل في التفرُّق بالكلام استعارةً ومجازاً، وقد حكى الرِّياشِي ذلك عن الأصمعي وشاهدُ ذلك أظهرُ من أن يُذكر.

(١) أخرجه البخاري ١٢/٢٦٧ في كتاب استتابة المرتدين باب حكم المرتد حديث (٦٩٢٢) وأبو داود حديث (٤٣٥١) والترمذي ١٤٥٨) والنسائي٧/١٠٤ وابن ماجة (2535) وأحمد في المسند ١/٢١٧ والشافعي في المسند كما في البدائع (١٨٤٣).

على أن هـذا وإن ساغَ في حـديث مالـك عن نافـع عن ابن عمـر على وهن وضعف، فليس يسوغ في حديث غيره؛ لأن النص يدفعه من قولـه: أو يقول لصـاحبه: اختـر، فإن مـا بعد ذلك يخالف ما قبله.

وأمـا الانفصال عن قـولهم: إن حمله على الخيـار حين التسـاوم حقيقـة وبعـد العقـد مجاز: فمن وجهين:

أحدهما: أن حمله عليها وقت التساوم مجـازٌ، وبعد العقـد حقيقةٌ لغـةً وشرعـاً: فأمـا اللغة، فلأن البَيِّعَ مُشْتَقٌ من فِعْلٍ، والأسماءُ المشتقة من الأفعال لا تَنْطَلِق على مسمّياتها إلا بعد وجود الأفعال، كالضارب والقاتل: لا يتناول المسمّى به إلا بعد وجـود الضرب والقتـل، كذلك البائع لا ينطلق عليه اسم البَيِّعِ إلاَّ بعد وجود البَيْعِ منه، والبيع إنما يوجد بعد العقد، فأما حين التساوم فلا.

فأما الشرع، فلأنه لو قال لعبده: إذا بعتك فأنت حُرٌّ لم يعتق عليه بالمساومـة، فإذا تم العقد عتق عليه، فلذلك قال مالك وأبو حنيفة: إذا باعه بيعاً لا خيار فيه، لم يُعْتَقْ عليه، لأنه يصير بائعاً بعد العقد، وقد زال ملكه بالعقد، وانقطع خياره، فلم يعتق عليه من بعد.

والثاني: أن تسميتنا له بائعـاً بعد انقضـاء البيع، إن كـان مجازاً من حيث يقـال: كانـا متبايعين، فالحمل عليه وقت التساوم وجاز أيضاً حتى يوجـد القبول، وإلا فيقـال: سيكونـان متبايعين، وإذا كان ذلك مجازاً فيهما جميعاً، كان ما ذكرنا أولى من وجهين:

أحدهما: أن الاسم وإن انطلق عليهما بعدَ العقد مجازاً، فقد استقر بوجود البيع، وهو قبل العقد غير مستقر، لجواز أن لا يَتِمَّ البيع.

والثاني: أن اسم البائع والمشتري من الأسماء المشتركة، كالوالد والولد، فـلا يوجـد المشترى إلا في مقابلة البائع، ولا يوجد البائع إلا في مقابلة المشتري، فلو كـان البائـع بعد البذل وقبل القبول يسمّى بائعاً، لجاز أن يكون الطالب قبـل القبول يسمى مشتـرياً، فلمـا لم يسم الطالب مشترياً إلا بعد القبول، لم يسم الباذِلُ بائعاً إلا بعد القبول.

على أن هذا التأويلَ إنما يسوغُ مع وهاية في قوله: الْمُتَبَايِعَانِ فأما في قوله البَيِّعَـانِ فلا يسوغ فيه. فنستعمـل الروايتين، ونحمله على اختـلاف معنيين، فيكون أولى من حمله على أحدهما.

فبطل هذا التأويل بما ذكرنا من الدليل والانفصال، واستقرّ ما ذكرنا من الوجوه في أدلّة الأخبار.

فأما المعنى النظري فهو أنه خيارٌ ورد به الشرع، فـوجب أن يعتبر حكمـه بعد العقـد، أصله خيار الثلاث.

ولأنه عقد معاوضة محضة، فوجب أن يكون للتفرّقِ تأثير فيه، كالصرف والسلم.

ولأنّ الخيار ضربان: ضرب يتعلق بالصفات، وضرب يتعلق بالزمان.

ثم كان الخيار المتعلق بالصفات ينقسم قسمين: قسم وجب بالشرط وقسم وجب بالشرع.

فالقسم الواجب بالشرط: أن يبتاع عبداً على أنه كاتب أو صانع، فيجده بخلاف ذلك، فيجب له الخيار لعدم الفضيلة المستحقة بالشرط.

والواجب بالشرع: هو خيار العيب لنقص وجده عن حال السلامة، فيجب له الخيار بالشرع، فاقتضى أن يكون الخيار المتعلق بالزمان ينقسم قسمين:

قسم وجب بالشرط: وهو خيار الثلاث.

وقسم وجب بالشرع: وهو خيار المجلس.

وتحريره قياساً: أنه أحد جنسي الخيار، فوجب أن يَتَنَوَّعَ نوعين: شرطاً وشرعاً قياساً على خيار الصفات. ولأنه عقد يقصد به تمليك المال، فلم يلزم بالبذل والقبول كالهبة.

ولأن عقد البيع بذلٌ وقبول، فلما ثبت الخيار بعد البذل، وجب أن يثبت بعد القبول.

وتحريره قياساً: أنّه قولُ أحدِ المتبايعين، فوجب ثبوت الخيار بعده كالبذل.

فأما الجواب عن قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ فهو أن المراد به الإشهاد بعد الافتراقِ في الحالِ التي يلزمُ فيها العقد. ولا يمنع أن يكون ذلك إشهاداً على العقد ووثيقة فيه [كما أن الإشهادَ في خيار الثلاث، يكون بعد تَقَضِّي الثلاث، ولا يمنع أن يكون ذلك إشهاداً على العقد ووثيقة فيه][1].

وأما الجواب عن حديث عمرو بن شعيب، وقوله «وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خشيةَ أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ» فهو أن لهذا اللفظ ظاهرين:

أحدهما: حجةٌ عليهم.

والثاني: حجة لهم.

فقوله «وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ» حجة عليهم، لأنه يدلُّ على أن البيعَ لم يقع لازماً، وأن فيه خياراً يسقط بالتفرّق.

وقوله «خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ» حجة لهم، لأنه يدل على أن الخيار لا يستحق إلا بالإقالة.

فلم يكن بُدٌّ من تغليب أحد الظاهرين لتعارضهما، فكان تغليب الظاهر في إثبات الخيار أحقُّ لأمرين:

---

(١) سقط في أ.

أحدهما: أنّ أوّل الخبر يقتضيه، وهو قوله «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ».

والثاني: أنّ الإقالة لا تختصُّ بمجلس التبايع وتبطلُ بالتفرّق لجوازها بعد الافتراق كجوازها قبله.

وإنما الخيار يختصُّ بالمجلس ويبطلُ بالتفرّق، فصحّ أنه المرادُ.

وأما الجواب عن ما روي عن عمر «البَيْعُ صَفْقَةٌ أو خِيَارٌ» فهو أنه مرسل، لأنه يروى عن رجل من بني كنانة، ولو صح لاحتمل أمرين:

أحدهما: أن البيع عن صفقة وخيار، لأنه قسم البيع إلى قسمين:

أحدهما: صفقة، **والثاني**: خيار.

والخيار بمجرده لا يكون بيعاً إلا مع الصفقة، فثبت أن معناه عن صفقة وخيار.

والثاني: أن معناه أن البيع على ضربين:

ضرب: فيه خيار الثلاث.

وضرب: ليس فيه خيار الثلاث.

يوضح ذلك ويؤيده ما روى مطرف عن الشعبي أن عمر بن الخطاب قال: الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا[1].

وأما الجواب عن قياسهم على النكاح:

فهو أن المعنى في النكاح أنه عقد تُبْتَغَى به الوصلةُ دون المعاوضة فلم يثبت فيه الخيار الموضوع لارتياد أوفر الأعواض، ولهذا المعنى لم تكن الرؤية شرطاً في صحته، وخالف سائر عقود المعاوضات من البيوع وغيرها، ألا ترى أنّ خيار الثلاث لا يصح فيه وإن صح في غيره.

وأما الجواب عن قياسهم على الكتابة: فهو أن الخيار موضوع في العقد، لارتياد الحظ فيه، وعقد الكتابة لم يثبت فيه الخيار من جهة السيد لأنه قصد به إرفاق عبده، لا طلب الحظِ لنفسه إذ معلوم أنّه لا حظَّ له في بيع ملكه بملكه، فسقط خياره.

ولأنّه ليس يستدرك به ما خفي عنه، وأما العبد فخياره ممدود، وليس كذلك البيع

وأما الجواب عن قياسهم على الخيار المجهول: فهو أن خيار المجلس من موجبات العقد، والخيارالمجهول من موجبات الشرط.

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم ٣/٦.

وفرق في الأصول بين ما ثبت بالعقد. فيصح فيه الجهالة، وما ثبت بالشرط، فلا يصح فيه الجهالة، ألا ترى أن خيار العيب لمّا ثبت بالعقد جاز أن يكون مجهولاً، وخيار المدة لمّا ثبت بالشرط لم يجز أن يكون مجهولاً، وكذا القبض إذا استحق بإطلاق العقد جاز أن يكون مجهول الوقت وإذا كان مستحقاً بالشرط لم يجز أن يكون مجهول الوقت.

وأما الجواب عن قولهم: إن الافتراق يؤثّر في فسخ البيع لا في لزومه كالصرف قبل القبض:

فهو أن هذه دعوى غير مسلمة، لأنّ الافتراق في الصرف مؤثر في لزومه كالبيع، وليس يقع الفسخ في الصرف بالافتراق، وإنّما يقع بعدم القبض قبل الافتراق، فإذا تقابضا، صح، ولم يلزم إلّا بالافتراق.

وأما الجواب عن قولهم: لما لزم البيع بتراضيهما بعد العقد، فلأن يكون لازماً بتراضيهما حين العقد أولى:

فهو أنّ الرضا بالبيع بعد العقد يتنوع نوعين:

نوع يكون بالصمت، ونوع يكون بالنطق: فأما الرضا بالصمت بعد العقد فلا يلزم به البيع، فكذا الرضا بالصمت حين العقد لا يلزم به البيع. وأما الرضا بالنطق بعد البيع، فهو أن يقول: قد اخترت إمضاءَ البيعِ، فهذا يلزم به البيع.

ومثله بالنُّطْقِ في حال البيع أن يشترط في العقد سقوط خيار المجلس، فهذا قد اختلف أصحابنا فيه هل يلزم به البيع ويصح معه العقد أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يصح معه العقد، لأنّ غرر الخيار يرتفع به، ويلزم به البيع، لأنّه موجب شرطه، ولا يثبت في البيع خيار المجلس.

وقائل هذا الوجه من أصحابنا تأوّلَهُ من كلام الشافعي في كتاب الأيمان والنذور.

فعلى هذا قد استوى حكم هذا الرضا في لزوم البيع بعد العقد وقبله.

والوجه الثاني: يصح معه العقدُ، لكن لا يلزم به البيعُ، ولا يسقط معه خيار المجلس، وإن كان مشروطاً، لأنّه من موجب العقد فلم يسقط بالشرط، كالولاء في العتق والرجعة في الطلاق.

فعلى هذا يكون هذا النوع من الرضا يلزم به البيع إذا كان بعد العقد، ولا يلزم به البيع إذا كان مع العقد.

والفرق بينهما أنه بعد العقد يَتَضَمَّنُ إبطال خيار ثابت، فصح إبطاله بعد ثبوته. وحين العقد يتصمن إبطال خيار غير ثابت، فلم يصح إبطاله قبل ثبوته، كاستحقاق الشُفْعَةِ لمّا بطل بعد البيع للرضا به بعد ثبوته، لم يبطل حال البيع مع الرضا به، لعدم ثبوته.

والوجه الثالث: أن البيع باطل بهذا الشرط، لأنّه مناف لموجبه، إذ موجب العقد ثبوت الخيار به، والشرط إذا نافى موجب العقد أبطله، وهو منصوص الشافعي في القديم، والبُوَيْطِيّ والأمّ.

فعلى هذا يكون هذا النوع من الرضا يلزم به البيع بعد العقد، ويبطل به البيع إن كان مع العقد والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَكَلّ مُتَبايِعَيْنِ فِي سِلْعَةٍ وَعَيْنٍ وَصَرْفٍ وَغَيْرِهِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُ الْبَيْعِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا تَفَرُّقَ الأَبْدَانِ عَلَى ذَلِكَ أَوْ يَكُونُ بَيْعُهُمَا عَنْ خِيَارٍ وَإِذَا كَانَ يَجِبُ التَّفَرُّقُ بَعْدَ الْبَيْعِ فَكَذَلِكَ يَجِبُ إذا خَيَّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ وَكَذَلِكَ قَالَ طَاوُسٌ خَيَّرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَجُلاً بَعْدَ الْبَيْعِ فَقَالَ الرَّجُلُ عَمَّرَكَ اللَّهُ مِمَّنْ أَنْتَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «امْرُؤٌ مِنْ قُرَيْشٍ» (قال) فَكَانَ طَاوُسٌ يَحْلِفُ مَا الْخِيَارُ إِلَّا بَعْدَ الْبَيْعِ».

قال الماوردي: قد ثبت بما مضى خيار المجلس في البيوع كُلِّها، وفي الصرفِ، والسلم، لأنهما نوعان منها غير أن خيار الثلاث وإن دخل في البيوع، فهو غير داخل في الصرف والسلم. لأنّ القبض قبل الافتراق لمّا كان شرطاً في صحتهما، منع من بقاء عُلَقِ العقد بعد الافتراق، وخيار الثلاث يبقى عُلْقَ العقد بعد الافتراق فمنع منه.

فإذا ثبت ذلك فعقد البيع يلزم بشيئين: هما:

- العقد.
- والافتراق.

وإذا كان لا يلزم إلّا بهما وجب بيانُ كلٍّ واحد منهما.

فنبدأ ببيان العقد وحكمه، ثم بالافتراق ولزوم البيع به.

فصل: فأما العقد فيصح باعتبار ثلاثة شروط:

أحدها: اللفظ الذي يعقد به.

والثاني: كيفية العقد به.

والثالث: بيان ما يصير العقد تابعاً به.

فأمّا الشرط الأولُ: وهو اللفظ الذي يعقد به. فألفاظه على ثلاثة أضرب:

ضرب: يصح العقد به؛ وضرب لا يصح العقد به؛ وضرب مختلف فيه هل يصح العقد به أم لا؟

فأما ما يصح العقد به، فلفظة واحدة من جهة البائع، وهي قوله:

قد بعتك، وإحدى لفظتين من جهة المشتري، هما: قوله: قد اشتريت، أو قد ابتعت، لأن معنى الشراء والابتياع سواء.

وأما ما لايصح العقد به: فهو كل لفظ كان يحتمل معنى البيع وغيره، كقوله: قد أبحتك هذا العبد بألف، أو قد سلطتك عليه، أو قد أوجبته لك، أو جعلته لك. كلُّ هذه الألفاظ لا يصح عقد البيع بها، لاحتمالها، وأنَّ معنى البيع ليس بصريح فيها.

وأما المختلف فيه: فهو قوله: قد ملّكتك. فيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يصح العقد به، لأن حقيقة البيع: تمليك المبيع بالعوض، فلا فرق بين ذلك وبين قوله: بعتك.

والوجه الثاني: وهو الصحيح لا يصح العقد به، لعلتين:

إحداهما: أن لفظ التمليك يحتمل البيع ويحتمل الهبة على العوض، فصار من جملة الألفاظ المحتملة.

والأخرى: أنّ التمليك هو حكم البيع وموجبه، فاحتاج إلى تقديم العقد، ليكون التمليك يتعقبه.

فصل: فأما كَيْفِيَّةُ العقد بألفاظه المختصة به فيحتاج أن يكون لفظ البائع خارجاً على أحد الوجهين:

إما مخرج البذل، أو مخرج الإيجاب.

ولفظ المشتري خارجاً على أحد الوجهين أيضاً:

إما مخرج القبول، أو مخرج الطلب.

وإذا كان كذلك، فإن، لهما في عقد البيع بلفظه ثلاثة أحوال:

إحداهنّ: أن يعقداه بلفظ الماضي.

والثانية: بلفظ المستقبل.

والثالثة: بلفظ الأمر.

فأما عقده بلفظ الماضي: فهو أن يبدأ البائع، فيقول: قد بعتك عبدي بألف، ويقول المشتري قد اشتريته منك بها، فيصح العقد؛ لأن قول البائع: قد بعتك، يكون بذلاً، وقول المشتري: قد اشتريت، يكون قبولاً، والبيع يصح بالبذل والقبول.

وكذا لو قال المشتري مبتدئاً: قد اشتريتُ هذا العبد بألف، فيقول البائع: قد بعتك بها، صح البيع، ولم يحتج المشتري إلى إعادة القبول بعد بذل البائع بوفاق أبي حنيفة؛ لأن هذا القول من المشتري إذا تقدم وإن كان بلفظ القبول يتضمن معنى الطلب، وقول البائع إذا تأخّر وإن كان بلفظ البذل يتضمن معنى الإيجاب، والبيع يصح بالطلب والإيجاب، كما يصح بالبذل والقبول.

فأما إذا ابتدأ البائع، فقال: قد اشتريتَ مني عبدي بألف، فقال: قد اشتريته، لم

يصح البيع بهذا اللفظ، حتى يقول البائع بعد ذلك: قد بعتك؛ لأن قول البائع للمشتري: قد اشتريتَ مني، هو استخبار، وليس ببذل منه ولا إيجاب، وما لم يكن بذلاً ولا إيجاباً، لم يصح عقد البيع به من جهة البائع.

وهكذا لو ابتدأ المشتري فقال للبائع: قد بعتني عبدك بألف، فقال: قد بعتك، لم يصح البيع، حتى يقول المشتري بعد ذلك: قد اشتريتُ؛ لأن هذا القول من المشتري، ليس بقبول ولا طلب، وما لم يكن قبولاً ولا طلباً، لم يصح عقد البيع به من جهة المشتري.

وأماعقده بلفظ المستقبل: فهو أن يبدأ البائع فيقول: سأبيعك عبدي بألف، أو يقول: أبيعك عبدي بألف، ويقول المشتري: اشتريته بها أو سأشتريه. أو يقول المشتري: تبيعني عبدك بألف، فيقول: أبيعك، أويقول البائع: تشتري عبدي بألف، فيقول: اشتريته، فلا يصح عقد البيع بذلك؛ لأنه خارج مخرج الوعد. وهكذا جميع ما تلفظا به من الألفاظ المستقبلة، لا يصح عقد البيع بها لما ذكرنا.

ومن هذا النوع أيضاً أن يكون اللفظ خارجاً مخرج الاستفهام كقوله: أتشتري عبدي بألف؟ فيقول: قد اشتريته، أو يقول المشتري: أتبيع عبدك بألف؟ فيقول: قد بعته، فلا يصح البيع أيضاً لما ذكرنا.

وأما عقده بلفظ الأمر. فإن ابتدأ البائع فقال للمشتري: اشْتَرِ عبدي بألف، فقال: قد اشتريتُ، لم يصح البيع، إلا أن يعود البائع فيقول: قد بعت، ولو ابتدأ المشتري فقال للبائع: بِعْني عبدك بألف، فقال: قد بعتك بها، صح البيع، ولم يحتج المشتري إلى إعادة القبول عندنا.

والفرق بين أن يقول البائع مبتدياً للمشتري: اشتر عبدي بألف، فيقول: قد اشتريت، فلا يصح البيع، وبين أن يبتدىء المشتري فيقول للبائع: بعني عبدك بألف، فيقول: قد بعتك بها، فيصح البيع، وإن كان كلا اللفظين أمراً:

أن البائع إنما يراد من جهته البذل مبتدياً أو الإيجابُ مجيباً، ولفظ الأمر بقوله: اشتر، لم يوضع للبذل ولا للإيجاب.

والمشتري إنما يراد من جهته القبول مجيباً أو الطلب مبتدياً، ولفظ الأمر بقوله: بعني، موضوع للطلب وإن لم يوضع للقبول.

فهذا فرق ما بين لفظي البائع والمشتري في الابتداء به على وجه الأمر عن طريق اللغة ومعاني الألفاظ.

وقال أبو حنيفة: هما سواء، إذا ابتدأ المشتري فقال: بعني عبدك بألف، فقال البائع:

قد بعتك بها، لم يصح البيع، حتى يعود المشتري فيقول: قد اشتريته، فيكون هذا قبولاً، كما لو ابتدأ البائع فقال: اشتر عبدي بألف، وما ذكرناه من الفرق بين معنى اللفظتين كاف.

ثم الدليل عليه من جهة المعنى الشرعي أنّ كلّ ما لزم اعتباره في صحة عقد البيع من صفات لفظه، لزم اعتباره في صحة عقد النكاح من صفات لفظه.

فلمّا لو كان ابتدأ الزوجُ فقال للوليّ: زوّجني ابنتك، فقال: قد زوّجتك، صح النكاح، ولم يحتج الزوج إلى القبول بعد إجابة الوليِّ، وقام ذلك مقام أن يبتدئ الوليّ فيقول للزوج: قد زوّجتك بنتي، ويقول الزوج: قد تزوجت، وجب أن يكون حكم البيع بمثابته.

ويتحرر من هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنّه عقد لو تقدّم فيه البذل كفاه القبول، فإذا تقدم فيه الطلب كفاه الإيجاب كالنكاح.

والثاني: أن كلّما لو كان بلفظ النكاح كان نكاحاً، فإذا كان بلفظ البيع كان بيعاً، كما لو تقدّم البذل.

فصل: فأما إذا كان المبيع عبداً بعبد، وعقداه بلفظ الأمر، والمتبايعان متساويان فيه، فأيّهما جعل نفسه باللفظ بائعاً أو مشترياً، لزمه حكمه.

فإذا قال أحدهما: بعني عبدك هذا بعبدي، فقال الآخر: قد بعتك به، صح به البيع، لأن المبتدئ أنزل نفسه منزلة المشتري، فلزمه حكمه.

ولو كان الأول قال: اشتر مني عبدي هذا بعبدك، فقال: قد اشتريته منك، لم يصح البيع، لأنه أنزل نفسه منزلة البائع، فلزمه حكمه.

فصل: فأما ما يصير العقد تاماً به، فشيئان:

أحدهما: تعجيل القبول على الفور إن تقدم البذل، أو تعجيل الإيجاب على الفور إن تقدم الطلب، من غير فصل، ولا بُعْدٍ، فإن فصل بين البذل والقبول بكلام ليس منه، أو تطاول ما بين البذل والقبول بالإمساك حتى بَعُدَ منه. لم يتم العقد، ولم يكن للقبول تأثير، إلا أن يعقبه البائع بالإيجاب، فيصير القبول طلباً والإيجاب جواباً، ويتم البيع، ولكن لو حصل بين القبول والبذل إمساك لبلع الريقِ وقطع النفس، تم العقد، ولم يكن لهذا الإمساك تأثير في فساده.

والثاني: أن يكون قبول المشتري يقتضي ما تضمنه بذل البائع من الثمن، وهو أن يقول البائع: قد بعتك عبدي بألف، فيقول المشتري: قد اشتريته بالألف، أو يقول: قد

اشتريته بها، فيصح الشراء؛ لأن القبول قد تضمّن ما تناوله البذل من الثمن، وكذلك لو قال المشتري ـ حين قال البائع: قد بعتك عبدي بألف ـ: قد قبلت هذا البيع، صح البيع، ولزم فيه الألف، وإن لم يصرح المشتري بها في قبوله؛ لأن بذل البائع قد تناولها، وقبول المشتري توجه إليها.

فإن قيل: أليس لو قال الولي في النكاح: قد زوجتك بنتي على صداق ألف، فقال الزوج: قد قبلت تزويجها؟ أو قال: قد تزوجتها، ولم يقل: على هذا الصداق، صح النكاح، ولم يلزم الصداق حتى يصرح به في قبوله؟ فما الفرق بينه وبين البيع؟.

قيل: الفرق بينهما: أن البيع لا يصح إلا بثمن فإذا حصل فيه القبول، تضمن ما يتناوله البذل من الثمن، والنكاح قد يصح مع خلوّه من الصداق، فلذلك لم يلزم فيه الصداق إلّا أن يُصَرِّحَ به في قبوله.

ولو قال البائع: قد بعتك عبدي بألف إن قبلت الشراء مني، فقال: نعم، صح البيع وتم.

وكذا لو كان بينهما متوسط في العقد، فقال للبائع: بعته عبدك بألف، فقال: نعم، وقال للمشتري: اشتريته بها، فقال نعم، صح البيع وتمَّ.

وكذا لو ابتدأ المتوسط بالمشتري فقال: اشتريت هذا العبد من فلان بألف، فقال: نعم، وقال للبائع: بعته عليه بالألف، فقال: نعم، صح البيع وتمَّ.

ويفارق النكاح في أحد الوجهين بما نذكره هناك من الفرق بينهما.

ولكن لو قال البائع: قد بعتك عبدي هذا بألف، فقال المشتري: قد ابتعته بخمسمائة، لم يصح البيع.

وهكذا لو قال المشتري: قد قبلته بألفين، لم يصح البيع أيضاً؛ لأنهما لم يجتمعا في البذل والقبول على ثمن واحد، ولا يصح البيع، حتى يكون الثمن معلوماً يتّفقان عليه.

وقال أبو حنيفة: يصح البيع بالألف؛ لاجتماعهما عليها، والألف الأخرى زيادة، إن شاء البائع قبلها، وإن شاء ردّها. قال: ولو قال المشتري: بعني هذا العبد بألف، فقال البائع: قد بعتك بخمسمائة، صح البيع بخمسمائة، وقد حطّه خمسمائة، وحلّ ذلك حطًّا؛ لأن الثمن مختلف في حال العقد لم يُجْتَمَعْ عليه في البذل والقبول سواء عاد البائع، فقبل الزيادة، أو المشتري فقبل الحطيطة أم لا؟.

ولا يصح البيع إلا باستئناف العقد لما ذكرناه. فهذا حكم العقد.

فصل: وأما الافتراق: فهو موضوع لقطع الخيار، ولزوم البيع، لأنّ الخيار ثابت لكلّ واحد منهما بعد العقد في الفسخ والإمضاء، وقطع هذا الخيار يكون بأحد وجهين:

إما بالافتراق. وإما بالتخيير القائم في قطع الخيار مقام الافتراق.

فأما حد الافتراق، فقد ورد الشرع به مطلقاً، وما أطلقه الشرع ولم يكن محدوداً في اللغة كان الرجوع في حدّه إلى العرف كالقبض في المبيعات، والإحراز في المسروقات، فإذا فارق أحدهما صاحبه إلى حيث ينسب في العرف أنه مفارق له، انقطع الخيار ولزم البيع، مثال ذلك إن تبايعا في دار فيخرج أحدهما منها، فيكون هذا افتراقاً سواء صغرت الدار أو كبرت، بَعُدَ الخارج منها أم قَرُب.

فأما إن لم يخرج منها، ولكن قام من أحد جانبيها الذي تبايعا فيه إلى الجانب الآخر، نُظِرَ: فإن كانت الدار واسعة، كان ذلك تفرّقاً، وإن كانت الدار صغيرة، لم يقع التفرّق إلا بالخروج منها أو الصعود إلى علوها.

وكذا السفينة إذا تبايعا فيها؛ فإن كانت صغيرة، لم يقع التفرّق إلا بخروج أحدهما منها إلى الأرض، أو إلى سفينة غيرها، أو إلى الماء. وإن كانت السفينة كبيرة وقع الافتراق بقيام أحدهما من أحد جانبيها الذي تبايعا فيه إلى الجانب الآخر، كأنّهما تبايعا في الصدر، ثم قام أحدهما إلى المؤخر، أو تبايعا في المؤخر ثم قام أحدهما إلى الصدر.

فأما إن تبايعا في سوق كبيرة، فقد قال الشافعي: فالتفرّق: أن يولّي أحدهما ظهره، قال أصحابنا: أراد بذلك أن يولّي ظهره ويمشي قليلاً حتى يزايل موضع العقد في العرف، كما كان يفعل عبدالله بن عمر في بيوعه.

فأما إذا كانا في موضع تبايعهما ومجلس عقدهما، فبني بينهما حائطٌ، لم يكن ذلك تفرُّقاً، لأن الحائط المبني حائل، والحائل لا يفرّق بينهما، كما لو حال بينهما رجل بوقوفه.

فأما إذا قاما جميعاً عن مجلس تبايعهما، ومشيا مجتمعين، ولم يفترقا بأبدانهما، فهما على خيارهما وإن طالَ الزمانُ وبَعُد. وحكي عن عبدالله بن الحسن العنبري: أن خيارهما قد انقطع بمفارقة مجلسهما.

وحديث أبي برزة الأسلمي حيث أثبت الخيار للمتبايعين وقد غدوا عليه، وقوله لهما: مَا أَرَاكُمَا تَفَرَّقْتُمَا عَنْ رِضَاً مِنْكُمَا بِبَيْعٍ دليل على أنه قد عقل معنى الافتراق عن رسول الله ﷺ. فهذا الكلام في افتراق المتبايعين.

فصل: فأما حكم الافتراق في عقد البيع إذا تمّ بواحد، وهو الأب إذا ابتاع من ابنه الصغير لنفسه، أو باع عليه من نفسه بنفسه، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو يحكى عن أبي إسحاق المروزي فيما علق عنه: أن حد الافتراق في بيعه أن يفارق مجلس بيعه الذي ابتاع فيه من ابنه إلى حيث لا ينسب في العرف إليه، فيكون ذلك تفرّقاً يلزم به البيع.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: أن الخيار باق وإن فارق مجلسه، لأنه لا يصح أن يكون مفارقاً لنفسه، ويكون الخيار باقياً إلى بلوغ ابنه، أو يخير الأب نفسه عن ابنه، فيختار لنفسه وعن ابنه إمضاء البيع وقطع الخيار، فيلزم حينئذ البيع.

فأما إذا مات أحد المتبايعين قبل التفرّق، فانتقل الخيار إلى وارثه، وإن كان غائباً، فله الخيار في موضعه الذي بلغه حيث كان، فإن زال عن الموضع، سقط خياره.

وإن اختار أحدهما الفسخ والآخر الإمضاء، غلب الفسخ علي الإمضاء؛ لأن موضوع الخيار الفسخ.

ولا فرق بين أن يفترق المتبايعان عن قصد لقطع الخيار ولزوم البيع، أو غير قصد ناسيين. فهذا الكلام في حد الافتراق وحكمه وما يتعلق عليه من فروعه.

فصل: فأما التخيير القائم في قطع الخيار ولزوم البيع مقام الافتراق:

فهو أن يخيّر أحدهما صاحبه بعد البيع فيختار الإمضاء، فينقطع بذلك الخيار، ويلزم معه العقد وإن كانا في مجلس بيعهما لم يتفرقا.

وقال أحمد بن حنبل: لا حكم للتخيير في لزوم البيع، وهما على خيارهما ما لم يتفرّقا لعموم قوله ﷺ «البَيِّعَانِ بالخيارِ ما لم يَتَفرَّقا».

والدلالة عليه: الخبر المروي في كتابنا رابعاً عن ابن عمر أنَّ النبيّ ﷺ قال«كلُّ بَيِّعَيْنِ فَلاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَفْتَرِقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: آخْتَرْ». وروي أنّه ﷺ ابْتَاعَ مِنْ أَعْرَابِيٍّ فَرَساً فَقَالَ لَهُ «آخْتَرْ» فَقَالَ: عَمَّرَكَ اللَّهُ مِمَّنْ أَنْتَ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «امْرُؤٌ مِنْ قُرَيْشٍ»[1].

ولأنّ الخيار خياران: خيار شرطٍ، وخيار عقدٍ.

ثم ثبت أنّ خيار الشرط ينقطع بالتخيير، فكذلك خيار العقد يجب أن ينقطع بالتخيير.

فإذا ثبت أنّ التخيير يقوم مقام الافتراق في قطع الخيار ولزوم البيع، فخيّر أحدهما صاحبه:

فإن اختارا جميعاً الإمضاء، انقطع الخيار ولزم البيع.

وإن اختارا جميعاً الفسخَ، انفسخ البيع وإن اختار أحدهما الفسخ والآخر الإمضاء غلبا الفسخ على الإمضاء، وفسخ البيع، لأن موضوع الخيار الفسخ.

(١) أخرجه الشافعي في المسند ٢/ ١٥٥ حديث (٥٣٧) والبيهقي ٥/ ٢٧١.

فصـل: وقد يكون صريحاً: بأن يقول: فسخت.

وقد يكون بما يقوم مقام قوله: قد فسخت وهو أن يقول البائع في المجلس والثمن مُؤَجَّـلٌ: لست أمضي البيع إلا بتعجيل الثمن، ويقول المشتري: لست أعجّـل الثمن، فيكون ذلـك فسخاً للعقد ويقوم مقام قوله: قد فسخت، وكذلك نظائر ذلك وأشباهه.

فلو قـال المشتـري والثمن ألف درهم صحـاح: لست أختـاره إلا بـألف غُلَّةٍ، فقـال البائع: لست أمضيه بالغُلَّةِ، كان فسخاً، وإن لم يفترقا وأمضاه البائع بالألف الغلّة كـان ذلك استئناف عقد غير الأوّل وكان لهما الخيار ما لم يفترقا، أو يختارا الإمضاء.

ومما يكون للبيع ويقوم مقام قوله: قد فسخت، أن يتلف المبيع قبل الافتـراق، فيكون فسخاً للعقد لتلفه قبل انبرام العقد.

فلو قبض المشتـري السلعة، ثم تلفت في يـده قبل الافتـراق، بـطل العقـد، وكـانت السلعة مضمونة على المشتري بالقيمة دون الثمن، لفسـاد العقد بـالتلف، ووجوب الضمـان باليد.

ولـو قبضها المشتـري، ثم أودعها البـائع في المجلس، ثم تلفت في يـد البائـع قبـل الافتـراق، بطل البيـع، وكانت مضمـونة على المشتـري بالقيمـة، ولا تكون مضمـونـة على البائع؛ لأنها كانت في يده وديعة للمشتري.

ومما يكون فسخاً للبيع أن يؤجّره أو يوصي به، أو يعرضه على البيع من غيـره أو يقفه، أو يكون عبداً فيعتقه، أو ثوباً فيلبسه، إلى أشباه ذلك.

فلو اختلفا بعد الافتراق، فقال أحدهما: افتـرقنا عن فسـخ، وقال الآخـر: افترقنـا عن تراض: ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أن قول من ادعى الافتراق عن تراض؛ لأن دعواه تتضمن إنفـاذ البيع، وهـو الظاهر من حال العقد.

والوجه الثاني: أن القول قـول من ادعى الافتراق عن فسـخ؛ لأن دعواه تتضمن فسـخ البيع.

وإذا اختلف المتبايعان في إثبـات العقد وإنكـاره، كان القـول قول منكـره دون مثبته، فكذلك إذا كان الاختلاف في إنفاذه وفسخه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنِ اشْتَرَى جَارِيَةً، فَـأَعْتَقَهَا الْمُشْتَـرِي قَبْلَ التَّفَرُّقِ أَوِ الْخِيَارِ، وَاخْتَارَ الْبَائِعُ نَقْضَ الْبَيْعِ، كَانَ لَهُ، وَكَانَ عِتْقُ الْمُشْتَرِي بَاطِلاً، لأَنَّـهُ أَعْتَقَ مَا لَمْ يَتِمَّ مِلْكُهُ، فَإِنْ أَعْتَقَهَا الْبَائِعُ كَانَ جَائِزاً».

قال الماوردي: وهذا صحيح، ولهذه المسألة مقدّمة يترتب عليها الجواب وهي أن المشتري متى يملك المبيع في خيار المجلس وخيار الثلاث؟

فللشافعي فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: نصَّ عليه في كتاب زكاة الفطر: أنّ المشتري يملك المبيع بنفس العقد، ويستقر ملكه بقطع الخيار، فيكون الملك حاصلاً بالعقد وحده، واستقرار الملك يكون بقطع الخيار.

والقول الثاني: نصَّ عليه في كتاب الامّ: أنَّ المشتري لا يملك المبيع إلاَّ بالعقد وقطع الخيار، فلا يحصل الملك مُسْتَقِرّاً، إلاّ بالعقد وقطع الخيار جميعا.

والقول الثالث: أنّ ملك المشتري للمبيع موقوف مُرَاعَى، فإن انقطع الخيار بعد العقد عن تراض منهما به، بان أنّ المشتري كان مالكاً للمبيع بنفس العقد، وإن نقض الخيار عن فسخ، بأن أنّ المبيع، لم يزل عن ملك البائع، وأنّ المشتري لم يكن مالكاً له.

وقال أبو حنيفة: إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده، كان المبيع على ملك البائع في مدة الخيار، فإذا انقضت مدّة الخيار، ملكه المشتري حينئذٍ بالعقد المتقدّم، وإن كان الخيار للمشتري وحده، فالمبيع قد زال عن ملك البائع بالعقد، ولا يملكه المشتري إلاّ بعد تقضي مدّة الخيار، فإذا انقضت ملكه حينئذٍ بالعقد المتقدّم.

وهذا المذهب مخالف لمذاهبنا الثلاثة، وفي توجيهها دليل عليه.

فأما القول الأوّل: وهو أنّ المشتري قد ملك بنفس العقد ـ وهو أصح الأقاويل ـ فوجهه ثلاثة أشياء:

أحدها: حديث نافع عن ابن عمر أنّ النبيّ ﷺ قال «الْمُتَبَايِعَانِ كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا».

فسمّاهما متبايعين، فدلَّ على حصول البيع، وموجب البيع حصول الملك.

والثاني: أنّ الخيار نوعان: خيار عقد، وخيار عيب.

فلمّا لم يكن خيار العيب مانعاً من حصول الملك، لم يكن خيار العقد مانعاً من حصول الملك.

والثالث: أنّ الأملاك تُستفاد بأحد وجهين: بقول، وبفعل.

فلمّا كان ما يملك بالفعل كالاصطيادِ والاحتشاشِ، لا يكون مرور الزمان مؤثّراً في تملكه، وجب أن يكون ما يملك بالقول كالبيع والهبة لا يكون مرور الزمان أيضاً مؤثّراً في تملكه.

وأما القول الثاني: وهو أنّ المشتري لا يملك المبيع إلاّ بالعقد وقطع الخيار، فوجهه شيئان:

أحدهما: حديث عبد اللّه بن دينار عن ابن عمر أنّ النبيَّ ﷺ قال «كلُّ بَيِّعَيْنِ فَلاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا، حَتَّى يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ» فنفى البيع قبل الافتراق، فدلَّ على أن الملك يحصل بالافتراق.

والثاني: أنّ حصول الملك يقتضي ثبوت موجبه، وموجب الملك جواز التصرّف، فلما كان المشتري ممنوعاً من التصرّف، دلَّ على أنّ الملك غير منتقل.

وأما القول الثالث: وهو أنّ الملك موقوف مراعى، فوجهه شيء واحد: وهو أنّ العقد يُثْبِتُ الملك، والخيار يَنْفِي الملك وأمرها متردد بين أن يغلب حكم العقد في إثبات الملك بقطع الخيار عن تراضٍ، وبين أن يغلب حكم الخيار في نفي الملك بالفسخ قبل تقضّي الخيار، فصار كالقبض الذي يقتضيه العقد ويقف تصحيحه عليه، فإن أقبضه بان صحة العقد، وإن تلف بانَ فساد العقد، فكذا يجب أن يكون حال الخيار، فإن تقضى عن تراضٍ، بانَ صحة العقد وانتقال الملك، وإن تقضى عن فسخ بان بطلان العقد، وأن الملك لم ينتقل به.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه الأقوال:

فالجواب عن عتق المشتري في زمان الخيار، مَبْنِيٌّ عليه:

وهو أنه لا يخلو حال البائع بعد عتق المشتري من أحد أمرين:

إمّا أن يمضي البيع. أو يفسخه.

فإن أمضى البائع البيع نَفِذَ عتق المشتري على قولين من ثلاثة، وهو على القول الذي يزعم أنّ الملك قد انتقل إلى المشتري بنفس العقد، وعلى القول الذي يزعم أنّ الملك موقوف مراعى؛ لأنّ عتق المشتري صادفَ ملكاً تامّاً.

فأمّا على القول الثالث، وهو أنّ المشتري لا يملك، إلاّ بالعقد والتفرّق، فعتق المشتري، باطل غير نافذٍ؛ لأنه قد تلّفظَ بالعتق قبل ملكه، وقد قال النبيّ ﷺ «لا عِتْقَ قَبْلَ مِلْكٍ»[1].

ثم المشتري على هذا القول، بالخيار بين أن يستأنف عتقه، وبين أن يستديم رِقَّهُ.

وإن فسخ البائعُ البيعَ، بطل عتق المشتري على قولين من ثلاثة:

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/١٩٠ وأبو داود ٢/٦٤٠ في الطلاق حديث (٢١٩٠) والترمذي ٣/٤٨٦ في الطلاق (١١٨١) والنسائي ٧/١٢.

وهو إذا قيل: إنّه لا يملك بالعقد والافتراق، أو أنّ الملك موقوف مراعى؛ لأنّه تلفّظ بعتق ما لا يملك.

فأمّا على القول الثالث: وهو أنّ المشتري يملك بنفس العقد، فلا يخلو حال المشتري المعتق من أحد أمرين:

إما أن يكون موسِراً، أو معسراً: فإن كان المشتري معسراً، فعتقه باطل بوفاق أصحابنا كافّة، لأنّ للبائع فسخ البيع؛ لحفظ الرقبة، وطلب الحظّ، فلم يجز أن يبطل المشتري بعتقه ما يستحقه البائع بالفسخ.

وإن كان المشتري موسراً، فقد كان أبو العباس بن سريج يخّرج نفوذ عتقه على وجهين من اختلاف قوليّ الشافعي في عتق الراهن لعبده المرهون:

أحد الوجهين: أنّ عتقه باطل؛ لحجر البائع عليه.

والثاني: أنّ عتقه جائز؛ لأنّ العتق لما سَرَى إلى غير الملك في حِصَّةِ الشريك، كان وقوعه في الملك ورفعه لحجر البائع أولى.

وكان أبو الطيّب بن سلمة، وأبو إسحاق المروزي، وأبو علي ابن أبي هريرة، ينكرون تخريج أبي العبّاس، ويبطلون العتق وجهاً واحداً، لأنّ المشتري وإن كان على هذا القول مالكاً، فخيار البائع يوقع عليه حجراً والمحجور عليه في ماله لا ينفذ عتقه كالسفيه.

والفرق بين هذا وبين الراهن حيث ينفذ عتقه في عبده المرهون على أحد القولين وإن كان عليه حجر للمرتهن، أنّ حقّ المرتهن متعلّق بذّمة الراهن، والرهن وثيقة فيه، فضعف حجره عليه، وليس كذلك البائع.

فإن قيل: ببطلان عتق المشتري ـ وهو الصحيح ـ استرجع البائع عبده بالفسخ، ولم يلزم المشتري قيمةٌ ولا ثمنٌ، لبطلان العتق.

وإن قيل: بنفوذ عتق المشتري، فلا بد للبائع على العبد،لنفوذ عتقه، وصحة حريته. وعلى المشتري ضمانه للبائع، وفيما يضمنه به وجهان:

أحدهما: أنه يضمنه بالثمن المسمّى، ويصير عتق المشتري مبطلاً لفسخ البائع

والوجه الثاني: ـ وهو أصح ـ يضمنه بالقيمة؛ لأنّ بقاء الخيار، يثبت فسخ البائع، وفسخ البائع يوجب رفع العقدِ والثمن المسمّى فيه، وإذا بطل العقد، صار المشتري مستهلكاً للعبد بغير عقد، فوجب أن يضمنه بقيمته كسائر المتلفات.

فهذا حكم عتق المشتري.

فصل: فأمّا إذا فعل المشتري بالمبيع في وقت الخيار تصّرفاً غير العتق، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يكون حكمه حكم العتق على ما مضى من إمضاء البائع دون فسخه، وذلك: الوقفُ، والتدبيرُ، والوصيّةُ.

والضرب الثاني: ما كان مردوداً باطلاً على الأحوال كلّها، سواء انفسخ البيع أو تمّ، وذلك: البيع، والإجارة، والرهن، والهبة.

والضرب الثالث: ما اختلف أصحابنا فيه، وذلك: الكتابة، ففيها وجهان:

أحدهما: كالضرب الأوّل، فَتكون كالعتق؛ لأنّه يفضي إليه.

والوجه الثاني: أنّه كالضرب الثاني، فيكون باطلاً؛ لأنّه عقد معاوضة كالبيع.

وجميع ما ذكرنا من تصرّف المشتري في المبيع بعتقٍ كان أو غيره إذا كان بغير أمر البائع.

فأما إذا كان بأمر البائع وعن إذنه، فجميعه نافذٌ ماضٍ، ويكون تصرُّفُ المشتري بذلك عن إذن البائع اختياراً منهما لإمضاء البيع وقطع الخيار.

فإن قيل: أفيكون تصُّرفُ المشتري بما ذكرنا من العتق وغيره عن غير أمر البائع رضا منه لإمضاء البيع وقطع الخيار من جهته؟

قيل: لا يخلو حال تصرفِهِ مِن أحد أمرين: إمّا أن يكون في خيار الثلاث. أو في خيار المجلس.

فإن كان تصّرفه بما ذكرنا في خيار الثلاث، كان ذلك رضا منه لإمضاء البيع وقطع الخيار، ويكون خيار البائع باقياً؛ لأنّ خيار الثلاث لا يمتنع ثبوته لأحد المتبايعين دون الآخر، وكذا لو اختار إمضاء البيع بصريح القول، فقال: قد اخترت الإمضاء، انقطع خياره، ويكون خيار البائع باقياً له بحاله.

وإن كان تصرّفه بما ذكرنا في خيار المجلس، أو قال: قد اخترت إمضاء البيع: فإن قابله البائع بالإمضاء على الفور كان ذلك قطعاً لخيارهما:

أما الأوّل: فبالتصّرفِ الدالّ على الرضا من جهته، أو بصريح اختياره.

وأما الثاني: فبمقابلته له على اجازه تصرفه.

وإن لم يقابله البائع بالإمضاء على الفور، بل أمسك عن الرضا، ولم يصّرح في تصّرفه بالاختيار. فلا يخلو تصّرف المشتري من أحد أمرين: إمّا أن يكون مما يلزمه حكمه في الحال كالعتق والوقف والتدبير، فيكون ذلك قطعاً لخياره ورضا للامضاء من جهته ويكون خيار البائع باقياً.

وإنما بطل خيار المشتري؛ لأن بقاء خياره يمنع من لزوم حكم تصّرفه، فلمّا كان حكم

تصّرفه لازماً له، أوجب سقوط خياره. وإن كان تصرّفه مما لا يلزم حكمه في الحال كالبيع، والإجارة لافتقارهما إلى صريح الاختيار.

فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين: أنّه يكون قطعاً لخياره، وإن كان خيار البائع باقياً، كما لو اختار قطع ذلك في خيار الثلاث.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين وهو الصحيح: أنّه لا يكون ذلك قطعاً لخياره، وإنّما كان كذلك، لأنّ من حكم خيار المجلس أن يثبت للمتبايعين معاً، ولا يثبت لأحدهما دون الآخر، فلمّا كان الخيار باقياً للبائع وإن حدث من تصّرف المشتري وقوله ما حدث، اقتضى أن يكون الخيار باقياً للمشتري وإن حدث من تصرّفه وقوله ما حدث؛ ليكونا سواء فيما أوجب العقد تساويهما فيه.

وبهذا المعنى فارق خيار الثلاث حيث كان هذا التصّرف من المشتري قاطعاً لخياره وإن بقي خيار البائع؛ لأنّ خيار الثلاث يجوز ثبوته لأحدهما دون الآخر. فهذا الكلام في عتق المشتري وتصرفه.

فصل: فأمّا عتق البائع للعبد المبيع في زمان الخيار، فنافذٌ على الأقاويل كلّها، وليس للمشتري اعتراض وإن قيل: إنّه قد ملك.

والفرق بين عتق البائع ـ حيث نفذ على الأقاويل كلّها ـ وبين عتق المشتري:

أنّ عتق البائع، فسخٌ، وعتق المشتري، إمضاءٌ. وفسخ البائع مقدّم على إمضاء المشتري، فلذلك نفذ عتقه، وإنّ لم ينفذ عتق المشتري.

وكذلك تصرّف البائع بغير العتق ماضٍ، ويكون فسخاً، كما لو آجر، أو رهن، أو وهب، أو وصى، أو وقف، أو دبّر، كان جميعه ماضياً، وكان للعقد فاسخاً. وسواء كان البائع قد أقبض المبيع في زمان الخيار، أو لم يحصل القبض.

قال أبو العبّاس بن سريج: فلو كان البائع بعد أن تقابضا العبد المبيع، وهبه للمشتري في زمان الخيار، جازت الهبة، وانفسخ البيع، واحتاج المشتري إلى تجديد قبض الهبة؛ لأنه كان مقبوضاً في يده بالبيع لا بالهبة.

فإن مات العبد قبل تجديد القبض، مات على ملك البائع الواهب، لأنّ الهبة لم تتمّ قبل القبض، وكان مضموناً على المشتري بالقيمة دون الثمن، لأنّه مضمون عليه بالفسخ، والهبة لم تتمّ بالقبض، فلم يسقط الضمان.

وفي المسألة قول ثانٍ، لم يحكه أبو العباس: أنّ العبد إذا كان في قبض الموهوب له، لم يحتج إلى تجديد قبض، وإنّما تصح الهبة بالعقد وأن يمضي بعده زمان القبض.

فعلى هذا القول يكون العبد تالفاً من ملك المشتري، ولا ضمان عليه، لصحة الهبة.

فصل: إذا قال المشتري في خيار المجلس للعبد المبيع: إن تَمَّ العقد بيننا وانبرم فأنت حُرٌ.

فهذا القول لا يمنعه من اختيار الفسخ، بخلاف ما مضى من تعجيل عتقه.

ثم ينظر: فإن انفسخ البيع بفسخ البائع، أو بفسخ المشتري، رجع العبد إلى البائع، ولم يعتق، فإن تَمَّ البيع وصح، عتق على المشتري، إن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، أو قيل: إنّه موقوف مراعى، لوجود الصفة، وتقدم القول في ملكه. وإن قيل: إنّه لا يملك إلاّ بالعقد والافتراق، لم يعتق عليه العبد، وإن وجدت صفة عتقه بتمام البيع؛ لأنّه علّق قوله بالعتق في زمان لم يكن له ملك، فجرى مجرى قوله لعبد غيره: إن ملكتك فأنت حرٌّ، فملكه، لم يعتق عليه لقوله ﷺ «لا عِتْقَ قبْل ملْكٍ».

فلو كان المشتري قال: إن انفسخ البيع بيننا فأنت حرّ، لم يعتق عليه، وإن حصل الفسخ، لأنه بالفسخ قد صار في ملك غيره، وإن تَمَّ البيع فأحرى أن لا يعتق، لأن تمام البيع ليس صفة لعتقه. فلو كان البائع، قد قال في زمان الخيار للعبد المبيع: إن انفسخ البيع، فأنت حرّ، فانفسخ البيع إما بفسخه أو بفسخ المشتري، عتق على البائع على الأقاويل كلّها، لأنه كان عند عقد الصفقة بعتقه ممن يصح منه تعجيل عتقه، وقد وجدت الصفة في ملكه.

فلو كان البائع قال: إن تمَّ البيع فأنت حرّ، فتم البيع، لم يعتق عليه، لوجود الصفة في غير ملكه.

فصل: إذا اشترى من يعتق عليه بالملك من والد أو ولد، جاز أن يشتريه مطلقاً من غير اشتراط خيار، فيثبت فيه خيار المجلس بالعقد ولا يثبت فيه خيار الثلاث لفقد الشرط، ويجوز أن يشتريه مقيّداً بشرط خيار الثلاث، فيثبت فيه خيار المجلس بالعقد، وخيار الثلاث بالشرط، فإن أراد البائع فسخ البيع في مدة الخيار، فذلك له على الأقاويل كلها، سواء كان في مدّة خيار المجلس أو خيار الثلاث.

ويفارق استئناف المشتري عتق الأَمةِ في مدّة الخيار، حيث كان مانعاً من فسخ البائع في تخريج أبي العباس على أحد الأقاويل؛ لأن العتق إنما يقع في هذا الموضع حكماً لموجب البيع ويثبت بالعقد الذي يجتمعان عليه، وعتق المشتري إذا انفرد به جرى مجرى الإتلاف.

فأما إن أراد المشتري فسخ البيع في مدة الخيار:

فإن كان الخيار لهما جميعاً، جاز للمشتري فسخ البيع على الأقاويل كلها، لما ذكرنا من التعليل، وهو أنه يعتق حكماً بالعقد الذي يجتمعان عليه.

وإن كان الخيار للمشتري وحده، جاز أن يفسخ إذا قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، أو إنه مراعى، لأنه يفسخ قبل تمام ملكه.

فأما إذا قيل: إنه قد يملك بمجرد العقد، فعلى وجهين:

أحدهما: له الفسخ، ولا يعتق عليه ما لم يمض زمان خياره؛ لأن خيار الفسخ من موجبات العقد، فلم يجز أن يثبت العقد مع انتفاء موجبه.

والوجه الثاني: وهو الصحيح: ليس له أن يفسخ، وقد عتق عليه وسقط حكم خياره، لأن الخيار موضوع لطلب الحظّ، وتوفير الربح فيما وقع عليه العقد، وهذا المعنى مفقود فيمن يعتق بالملك، فلم يكن لثبوت الخيار في ابتياعه وجه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ عَجَّلَ الْمُشْتَرِي فَوَطِئَهَا فَأَحْبَلَهَا قَبْلَ التَّفَرُّقِ فِي غَفْلَةٍ مِنَ الْبَائِعِ، واخْتَارَ الْبَائِعُ فَسْخَ الْبَيْعِ، كَانَ عَلَى الْمُشْتَرِي مَهْرُ مِثْلِهَا، وَقِيمَةُ وَلَدِهِ مِنْهَا يَوْمَ تَلِدُهُ، وَلَحِقَهُ بِالشُّبْهَةِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا وطىء المشتري الجارية المبيعة في مدة الخيار، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون وطؤه فيما دون الفرج، فلا مهر فيه سواء تمَّ البيع أو انفسخ. وهل يوجب ذلك تحريم المصاهرة أم لا؟ على قولين:

والضرب الثاني: أن يطأ في الفرج، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تحبل بوطئه.

والثاني: أن لا تحبل.

فإن لم تحبل بوطئه، فلا حَدَّ عليه فيه على الأقاويل كلها، لشبهة الملك.

فأما المهر، فمعتبر بتمام البيع وفسخه:

فإن تمّ البيع بينهما، فلا مهر عليه إن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، أو قيل: إنه مراعى، لأن وطأه: صادف ملكه. وإن قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، ففي وجوب المهر عليه وجهان مبنيان على اختلاف الوجهين في خيار المجلس والشرط، هل يجري مجرى خيار العيب أو مجرى خيار البذل والقبول؟

أحدهما: أنه يجري مجرى خيار العيب فعلى هذا لا مهر عليه.

والثاني: أنه يجري مجرى خيار البذل والقبول، فعلى هذا عليه المهر.

وإن انفسخ البيع بينهما، فعليه المهر إن قيل: لا يملك إلا بالعقد والافتراق، أو قيل: إنه مراعى.

فأما إن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، ففي وجوب المهر عليه وجهان على ما مضى.

فصل: وإن أحبلها بوطئه، فالولد حرّ يلحق به: ويتعلق على ذلك ثلاثة أحكام:

أحدها: في المهر، وهو على ما مضى سواء.

والثاني: في قيمة الولد، وهو كالمهر.

إن تمّ البيع بينهما، فلا قيمة للولد عليه، إن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، أو قيل: إنّه مراعى.

وإن قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، ففي وجوب قيمته وجهان:

أحدهما: عليه القيمة، لأنها حملت به في غير ملكه.

والثاني: لا قيمة عليه، لأنها تضعه في ملكه.

وإن انفسخ البيع بينهما، فعليه قيمة الولد إن قيل: لا يملك إلا بالعقد والافتراق، أو قيل: إنه مراعى.

وإن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، ففي وجوب قيمته وجهان:

أحدهما: ليس عليه قيمته، لأنّها علقت به في ملكه.

والثاني: عليه قيمته؛ لأنها تضعه في غير ملكه.

والحكم الثالث: في كونها أم ولد أم لا؟ وهو مبني على أصل نذكره، ثم نبني جواب المسألة عليه، وذلك أنّه لا يخلو ولد الأمة من ثلاثة أضرب:

أحدها: إن تعلق بمملوك، إمّا من زواجٍ أو زناً، فلا تصير به أم ولد للواطىء في الحال ولا في ثاني حال.

والضرب الثاني: أن تعلق بحرٍّ في ملك كالسيد يطأ أمته، فتعلق منه، فقد صارت به أمّ ولد في الحال.

فلو كان قد تعلق برقبتها حقّ الغير فبيعت فيه كالمرتهن إذا بيعت في حقّه، ثم ملكها من بعد، صارت أم ولد قولاً واحداً.

والضرب الثالث: أن تعلق بحرٍّ في غير ملك كوطء الشبهة، فلا تصير به أمّ ولد في الحال.

وهل تصير به أمّ ولد إذا ملكها في ثاني حال؟ على قولين:

فإذا ثبت هذا الأصل، فلا يخلو حال العقد عليها من أحد أمرين:

إما أن يتمَّ بينهما، أو ينفسخ. فإن تمَّ البيع بينهما، صارت أمَّ ولد له، إذا قيل: إنه قد ملك بنفس العقد أو قيل: إنّه مراعى؛ لأنّها علقت منه بحرٍّ في ملك.

فأمّا إن قيل: إنّه لا يملك إلاّ بالعقد والافتراق، فهل تصير له مّ ولد أم لا؟ على قولين، لأنّها قد كانت علقت منه بحرّ في غير ملك.

وإن انفسخ البيع بينهما، صح الفسخ وكان للبائع أن يتصرّف فيها بعد الفسخ كيف شاء من بيع أو غيره؛ لأنّ تعلق حقّه برقبتها مقدم على حرية ولدها، كحقّ المرتهن، إذا صارت الأمة المرهونة أمّ ولد للراهن. وإن ملكها المشتري فيما بعد، فإن قيل: إنه قد كان ملكها بنفس العقد، صارت له أمّ ولد، لأنّها قد كانت علقت منه بحرّ في ملكه. وإن قيل: إنه لم يكن مالكاً إلا بالعقد والافتراق، أو قيل: إن الملك مراعى، فهل تكون أم ولد له أم لا؟ على قولين، لأنّها قد كانت علقت منه بحرّ في غير ملك.

فصل: وأما قول الشافعي: ولو عجّل المشتري، فوطئها، فأحبلها قبل التفرق.

فقد أنكر عليه قومٌ، وقالوا: إحبالها قبل التفرّق مستحيل.

وعنه جوابان:

أحدهما: أنه على التقديم والتأخير، وتقدير الكلام:

ولو عجّل المشتري فوطئها قبل التفرق في غفلة من البائع فأحبلها، وهذا مستقيم، فقدّم لفظ الإحبال، وإن كان في المعنى مؤخراً.

والجواب الثاني: أن الكلام على حاله لا تقديم فيه ولا تأخير، ومعناه مستقيم؛ لأنّ الإحبال يقع قبل التفرق؛ لأنه حادث عن الوطء، وإنما يتأخر ظهوره، وليس تأخّر ظهوره بمانع من حصوله.

وأما قوله: في غفلة من البائع: ففيه تأويلان:

أحدهما: أنه شرط في بقاء الخيار للبائع، ولو رآه البائع يطأ كان رضاً منه لإمضاء البيع وقطعاً لخياره. وهذا قول أبي العباس بن سريج، لأن البائع يستحق بخياره منع المشتري من التصرّف، فإذا رآه يتصرّف، فأمسك عن منعه، كان راضياً به، فبطل خياره.

والتأويل الثاني: أنه قال ذلك لتحقيق صورة المسألة، إذ بعيد في العادة أن يطأ الناس بحضرة الناس، فأحبّ أن يصوّرها على ما يصح وجودها في العرف، ولا يكون ذلك شرطاً في خيار البائع، ولا تكون رؤية البائع وعدم إنكاره قطعاً لخياره، لأن الرضا لا يكون مأخوذاً من فعل الغير والله أعلم.

فصل: فأما وطء المشتري، فهل يكون قاطعاً لخياره ورضاً منه لإمضاء البيع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: يكون قاطعاً لخياره[1] كوطء البائع.

---

(١) سقط في أ.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن وطء المشتري لا يكون رضاً لإمضاء البيع، وإن كان وطء البائع رضاً للفسخ.

والفرق بينهما: أن البيع لما لم يصح إلا بالقول، لم يصح إمساكه والرضا به إلاّ بالقول.

ولما كان الملك قد يحصل بالفعل كالاصطياد والاحتشاش، جاز أن يكون الرد إلى الملك بالفعل يفسخ البيع فيصح بالفعل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ وَطِئَهَا الْبَائِعُ، فَهِيَ أَمَتُهُ وَالْوَطْءُ اخْتِيَارٌ لِفَسْخِ الْبَيْعِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وإذا وطىء البائع الجارية المبيعة في مدّة الخيار، كان فسخاً للبيع على الأقاويل كلّها، لما ذكرنا: من أن الملك لمّا حصل بالفعل، جاز أن يكون الردُّ إليه يحصل بالفعل، وبهذا المعنى يقع الفرق بين فسخ البيع حيث كان بالوطء، وبين رجعة المطلقة، حيث لم يجز أن يكون بالوطء:

لأن النكاح لمّا لم يصح إلا بالقول لم تصح الرجعة إليه إلا بالقول، والملك لمّا حصل بالفعل جاز أن يصح الردّ إليه بالفعل.

مسألة: **قَالَ الْمُزَنِي**: وَهَذَا عِنْدِي دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ لاِمْرَأَتَيْنِ لَهُ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، فَكَانَ لَهُ الْخِيَارُ، فَإِنْ وَطِىء إِحْدَاهُمَا أَشْبَه أَنْ يَكُونَ قَدِ اخْتَارَهَا، وَقَدْ طُلِّقَتِ الأُخْرَى، كَمَا جَعَلَ الْوَطْء اخْتِيَاراً لِفَسْخِ الْبَيْعِ».

قال الماوردي: ولهذه المسألة حالتان:

إحداهما: أن يقول لإحدى زوجتيه: إحداكما طالق أو لأمتيه: إحداكما حرة، ويعيّن وقوع الطلاق في إحدى زوجتيه والعتق في إحدى أمتيه:

فإن كان كذلك لم يكن وطء إحداهما بياناً لوقوع الطلاق والعتق لغير الموطوءة، لأنّه قد وقع معيّناً باللفظ قبل الوطء.

والحالة الثانية: أن يكون قد أبهم الطلاق في زوجتيه والعتق في أمتيه من غير أن يكون قد عيّنه في واحدة منهما، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: الوطء يكون اختياراً لإمساك الموطوءة وطلاق الأخرى إن كانت زوجة، وعتقها إن كانت أمة، كما ذكره المزني.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الاصطخري: إن الوطء لا يكون بياناً في الموضوع وإن كان بياناً في فسخ البيع.

والفرق بينهما: أن الطلاق والعتق إزالة للملك، وإزالة الأملاك لا تقع إلا بالقول دون الفعل. وفسخ البيع استرجاع للملك، والأملاك قد تحصل بالقول والفعل والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا فَالْخِيَارُ لِوَارِثِهِ».

قال الماوردي: ذكر الشافعي في هذا الموضع من كتاب البيوع أنّ خيار المجلس لا يبطل بالموت ويكون موروثاً.

وقال في كتاب المكاتب: إن مات المكاتب وقد باع أو اشترى قبل أن يتفرّقا، فقد وجب البيع.

زاد أبو حامد في جامعه: ولم يكن للسيد الخيار.

فظاهر قوله: فقد وجب البيع: يوجب قطع الخيار بالموت وأن لا يكون موروثاً لسيده، وقد صرّح به أبو حامد في الزيادة التي ذكرها.

واختلف أصحابنا في اختلاف نصّه في هذين الموضعين على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب أبي إسحاق المروزي: أن المسألة على قولين في الموضعين:

أحدهما: أن الموت يقطع خيار المجلس في بيع الحرّ والمكاتب، ولا ينتقل إلى وارث الحر ولا إلى سيد المكاتب، لأنه لما انقطع الخيار بمفارقة الأبدان، فأولى أن ينقطع بالموت المُفَرِّق بين الأرواح والأبدان.

والقول الثاني: أن الخيار لا ينقطع بالموت، وينتقل إلى وارث الحرّ وسيّد المكاتب ـ وهو أصح القولين ـ لأن الخيار قد ثبت في المجلس بالعقد وفي الثلاث بالشرط، فلمّا لم ينقطع خيار الثلاث بالموت وكان موروثاً، وجب أن لا ينقطع خيار المجلس بالموت ويكون موروثاً.

ولأنه لما لم ينقطع خيار المجلس بالتفرق على وجه الإكراه، كان أولى أن لا يبطل بالموت، لأنه أكثر إكراهاً.

والمذهب الثاني من مذاهب أصحابنا: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن المسألة على قول واحد في الموضعين، وأن الخيار لا ينقطع بالموت، لما ذكرنا، ويكون متنقلاً إلى وارث الحر وسيد المكاتب.

وقوله في المكاتب: فقد وجب البيع:

قصد به الردَّ على من زعم أن المكاتب إذا مات في مدّة الخيار بطل البيع، لأنه يموت عبداً.

والمذهب الثالث: أن الجواب مختلف على اختلاف نصّيه في الموضعين، فيكون الخيار منتقلاً عن الحر إلى وارثه، ولا ينقطع بموته. ولا ينتقل عن المكاتب إلى سيّده، وينقطع بموته.

والفرق بينهما: أنّ الحرَّ ينتقل ماله إلى وارثه بالإرث وحدوث الموت، فقام في الخيار مقام مُوَرِّثِهِ، كما قام مقامه في غيره. وليس كذلك المكاتب، لأنه ينتقل ماله إلى سيده بالملك المتقدم، لا بالإرث، فلما بطل خيار المكاتب بالموت لم ينتقل إلى سيده بحق الملك، كالوكيل إذا مات في مدة الخيار لم ينتقل الخيار إلى مُوكِّلِهِ، لأنه ينتقل إليه بحق الملك لا بالإرث.

فصل: فإما إذا جن أحد المتبايعين في خيار المجلس، فالخيار ثابت لا ينقطع بما حدث من الجنون، لأن الحقوق لا تبطل بحدوثه، وسواء فارق المجنون المجلس أو قام فيه، لأن فعل المجنون لا حكم له، فلم ينقطع الخيار بفراقه. وينتقل الخيار عنه إلى وليِّه، كما ينتقل خيار الميّت إلى وارثه. ويكون الخيار باقياً لوليّ المجنون ووارث الميت ما لم يعلما بالحال ولم يفارق العاقد الآخر المكان.

فإذا علم وليُّ المجنون ووارثُ الميت، فلهما الخيار في مجلسهما الذي علما فيه ما لم يفارقاه. فإن فارقا المجلس الذي علما فيه، أو فارق العاقد الآخر المكان الذي عقد البيع فيه، فقد انقطع الخيار ولزم البيع.

فصل: فأما خيار الثلاث، فلا يختلف مذهب الشافعي أنه موروث لا يبطل بالموت.

وقال أبو حنيفة: خيار الثلاث يبطل بالموت ولا يورث.

استدلالاً بأنه خيار يمنع من انتقال الملك، فوجب أن يبطل بالموت كخيار القبول.

قال: ولأن الخيار في المبيع ينفي موجب العقد من جواز التصرّف فيه، كما أن الأجل في الثمن ينفي موجب العقد فمنع من جواز تصرّف البائع فيه، ثم ثبت أن الأجل يبطل بالموت، فاقتضى أن يكون الخيار باطلاً بالموت.

وتحريره قياساً:

أنه معنى ينفي موجب العقد، فوجب أن يبطل بالموت كالأجل.

قال: ولأنّ الخيار من حقوق العقد، لا من حقوق الملك، والورثة إنما يخلفون الميت في الملك لا في العقد، فوجب أن لا يكون لهم في الخيار حق. ألا ترى أن المُوَكِّلَ لا يثبت له ما ثبت لوكيله من خيار الشرط، لأنه من حقوق العقد. ويثبت له خيار العيب، لأنه من حقوق الملك.

ولأن هـذا الخيار مستحق بـالشـرط، فـوجب أن يكـون مقصـوراً على من شـرط لـه، والوارث لم يشترط له الخيار، فوجب أن لا يستحقه.

ودليلنـا: هو أنّـه خيار ثـابت في بيع، فجـاز أن يقوم الـوارث فيه مقـام مورثـه كخيـار العيب. ولأنـه معنى يسقط التكليف، فوجب أن لا يقـطع الخيار المستحقَّ كـالجنـون. ولأنّ كل خيار لا ينقطع بالجنون لا ينقطع بالموت كخيار العيب. ولأنّ الخيار من حقوق الملك لا من حقوق العقد، بـدليل ثبـوته بعـد تقضّي العقد، فـوجب إذا انتقل الملك إلى الـوارث أن ينتقل إليه بحقوقه كالرهن المشروط في حقه. وفي هذا الاستدلال انفصال.

فأما الجواب عما ذكروه من قياسهم على خيار القبول:

فهـو أن المعنى في خيار القبـول أنّه لمّـا بطل بـالجنون، بـطل بالمـوت، على أن من أصحابنا من يقول: لم يبطل بالموت، وإنما بطل بالتراخي ومن شروط صحته أن يكون على الفور، وهذا قول أبي القاسم الداركي.

حتى قـال: لو كـان الموت عقيب البـذل، فقال الـوارث في الحال: قـد قبلت، صح العقد، إذا لم يقع التراخي بين بذل البائع وقبول الوارث.

وهذا قول يخالف الإجماع. والجواب الأول: هو الصحيح.

وأما الجواب عن قياسهم على الأجل:

فالمعنى فيه: أن الموت لما أتلف الذمّة التي أثبت فيها الدين المؤجّلُ، أبطل الأجلَ، لتلف مَحَلِّهِ، ولم يجز أن ينتقل الدين بأجله إلى ذِمَّـةِ الوارث، لأنّ صـاحب الدين لم يـرض بِذمَّتِهِ. وليس كـذلك الخيـار، لأنّه مستحق في المبيـع الموجـود بعد المـوت، كوجـوده قبل الموت، فجاز أن لا يبطل بالمـوت، ألا ترى أن مـوت من له الـدين لما لم يكن متلفـاً للذمة التي يثبت فيها الأجل لم يكن موته مبطلاً للأجل.

وأما الجواب عن قولهم: لأنه مستحق بالشرط، فـوجب أن يكون مقصـوراً على من له الشرط: فهو أنه باطل بالصفة المشروطة في المبيع، وهو أن يبتاع عبداً على أنه صانع فيوجد غير صانع فللوارث الخيار في فسخ البيع، لعدم الصفة المستحقـة بالشـرط وإن كان الشـرط لغيره، على أن الخيار حق عليه فلم يصح إعراضه في اختلاف مستحقيه كالدين.

فصل: فإذا ثبت أن خيار الثلاث موروث:

فإن كان الوارث واحداً، كان بالخيار في مدّة الخيار بين إمضاء البيـع في المبيع كلِّهِ أو فسخ جميعه.

وإن كانوا جماعة: فإن اتفقوا على إمساك المبيع كلّه أو ردّ جميعه، فذاك لهم.

وإن أراد بعضهم الردَّ وبعضهم الإمساك؟

فمذهب الشافعي: أنه ليس لهم ذلك، وقيل لمن أراد الردّ: لا حق لك في الردِّ إلا أن يردّ الباقون معك، لأن الصفقة واحدة، فلم يجز تبعيضها على البائع.

وفيه وجه آخر أنه يجوز لكل واحد من الورثة أن ينفرد بردّ حصته دون شركائه، لأنّه يردّ جميع ما استحقه بالعقد، فصار في حكم المشترين صفقة.

هذا كله إذا كان الميت هو المشتري.

أما إن كان الميت هو البائعُ، فلكل واحد من ورثته أن ينفرد، فيفسخ البيع في حصته، لا يختلف فيه المذهب.

بخلاف ورثة المشتري، وإنما كان كذلك، لأنه إذا فسخ بعض ورثة البائع في حصته، ثبت للمشتري خيار الفسخ في الباقي، لتبعيض الصفقة، فأمكنه دفع الضرر عن نفسه. وليس كذلك إذا مات المشتري فأمسك بعض ورثته وردّ بعضهم، لأن البائع لا يثبت له بذلك خيار يمكنه أن يدفع به الضرر عن نفسه.

فصل: إذا مات أحد المتعاقدين في مدة خيار الثلاث، فلم يعلم الوارث حتى مضت الثلاث، سقط الخيار ولزم البيع، لأن تحديد الخيار بالثلاث يمنع من ثبوته بعد الثلاث.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَتْ بَهِيمَةً فَنَتَجَتْ قَبْلَ التَّفَرُّقِ ثُمَّ تَفَرَّقَا، فَوَلَدَهَا لِلْمُشْتَرِي، لأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ وَهُوَ حَمْلٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مبنية عل أصلين:

أحدهما: ملك المبيع بماذا ينتقل إلى المشتري؟ وفيه ثلاثة أقاويل مضت.

والثاني: في الحمل، هل يأخذ قسطاً من الثمن أو يكون تبعاً؟

على قولين:

أحدهما: يكون تبعاً، ولا يأخذ من الثمن قسطاً كالسَمْنِ والأعضاء، لأنه لو أعتق الأمّ سرى العتق إلى حملها كسرايته إلى أعضائها التابعة لها.

والقول الثاني: يأخذ قسطاً من الثمن كاللبن، لأنّه لو أعتق الحمل لم يسر العتق إلى أمّه، ولو كان تبعاً لها كأعضائها لسرى عتقه إليها كما يسري عتق أعضائها إليها.

فإذا ثبت هذان الأصلان: فصورة مسألة الكتاب في رجل ابتاع بهيمة حاملاً، فوضعت بعد العقد وقبل الافتراق.

فإن قلنا: إنّه يأخذ قسطاً من الثمن، صار العقد كأنه قد تناولهما معاً.

فإن تمّ البيع كان الولد للمشتري مع الأمّ.

وإن انفسخ البيع كان الولد للبائع ـ وهذا على الأقاويل كلّها ـ ويكون الولد مضموناً على البائع، حتى يُسَلِّمَهُ، ومضموناً على المشتري إذا تَسَلَّمَهُ.

وإن قلنا: إن الحمل تبعٌ: فلا يخلو حال البيع من أن يتم، أو ينفسخ: فإن تم البيع، فحكم الولد مبنيٌّ على الأقاويل الثلاثة في انتقال الملك.

فإن قلنا: إنَّ الملك ينتقل بنفس العقد، أو قلنا: إنه مراع، فالولد للمشتري، لحدوثه في ملكه.

وهل يكون مضموناً على البائع، حتى يُسَلِّمَهُ؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قوله في نَمَاءِ الصِداق.

هل يكون مضموناً على الزوج أم لا؟

وإن قلنا: إن الملك لا ينتقل إلا بالعقد وقطع الخيار، ففي الولد وجهان مبنيّان على اختلاف أصحابنا في خيار المجلس، هل يجري مجرى خيار العيب أو مجرى خيار القبول؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون للمشتري، وهذا إذا قيل: إنه يجري مجرى خيار العيب.

فعلى هذا هل يكون مضموناً على البائع إذا كانت الولادة قبل التسليم؟ على وجهين:

والثاني: أنه يكون للبائع، وهذا إذا قيل: إنه يجري مجرى خيار القبول.

فعلى هذا لو كانت الولادة بعد التسليم، لزم المشتري ردّه، ولم يكن مضموناً عليه إلا بالتعدي وجهاً واحداً، لأن المشتري يضمن المبيع في حَقِّ نفسه، فلم يلزمه ضمان النَمَاءِ في حق غيره، ولما كان البائع يضمن المبيع في حق غيره، جاز أن يلزمه ضمان النَمَاءِ في حق غيره.

فصل: وإن انفسخ البيع بينهما:

فإن قلنا: إن المشتري لا يملك إلَّا بالعقد وقطع الخيار، أو قلنا: إنه موقوف مراعى، فالولد للبائع، وهو أمانة في يد المشتري لا يضمنه إلا بالتعدّي.

وإن قلنا: إن المشتري قد ملك بنفس العقد فعلى وجهين:

أحدهما: أن الولد للبائع إذا قيل: إن هذا الخيار يجري مجرى خيار القبول، ويكون أمانةً في يد المشتري.

والوجه الثاني: الولد للمشتري إذا قيل: إنّ هذا الخيار يجري مجرى خيار الغيب.

وهل يكون على البائع ضمانة أم لا؟ على وجهين:

وكذا الحكم في كل نَمَاءٍ حدث بعد العقد وقبل قطع الخيار من ثمرة، وكسب، كالولد سواء والله أعلم.

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «وَكَذَلِكَ كُلُّ خِيَارٍ بِشَرْطٍ جَائِزٍ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ».

قال الماوردي : وهذا صحيح ، ويريد به أن جميع ما تقدم من المسائل فيّ عتق المشتري ، وعتق البائع ، ووطء المشتري ، ووطء البائع ، ونتاج البهيمة ، إذا حدث في خيار الثلاث ، فحكمها على ما مضى في خيار المجلس سواء .

وانتقال الملك في خيار الثلاث كانتقاله في خيار المجلس على ثلاثة أقاويل .

نحن نوضح معانيها بالتفريع عليها ، فمن ذلك :
أن يشتري أمةً ، فتحيض بعد العقد وقبل تقضي الخيار فإن قلنا : إن المشتري لا يملك إلاَّ بالعقد وتقضّي الخيار ، لم تعتدَّ بهذه الحيضة عن الاستبراء .

وإن قلنا : إنه قد ملك بالعقد أو إنه موقوف مراعى ، فعلى وجهين :
أحدهما : تعتدُّ بهذه الحيضة عن الاستبراء ، لحدوثها في ملكه .

والوجه الثاني : وهو ظاهر نصه في كتاب الاستبراء : أنه لا تعتدّ بهذه الحيضة عن الاستبراء ، لأن الفرج في زمان الخيار محظور عليه ، وينبغي أن يقع الاستبراء في زمان الإباحة .

وكذا لو ولدت في زمان الخيار من زنا ، كان وقوع الاستبراء به كالحيض سواء .

فصل: وإذا اشترى الرجل زوجته الأمةَ ، ففي جواز وطئها في مدة الخيار وجهان :

أحدهما : يجوز له وطؤها ، لأنها لا تخلو من أن تكون أمته أو زوجته ، وأيّهما كانت ، حلّ له وطؤها .

والوجه الثاني : وهو ظاهر نص الشافعي : لا يجوز له وطؤها ، قال الشافعي : لأنه لا يدري أيطأ بالملك أم بالزوجية؟
فإن تمَّ البيع بينهما ، بطل نكاحها ، وصارة أمةً يجوز له وطؤها ، وهل عليه أن يستبرئها قبل وطئه أم لا؟ على وجهين مبنيين على الوجهين ، هل حَرُمَ عليه وطؤها بعدَ العقد وقبل مضي الخيار أم لا؟ .

فإن قيل : قد حَرُمَ عليه وطؤها ، وجب عليه الاستبراء ، لحدوث الملك .
وإن قيل : لا يَحْرُمُ عليه وطؤها ، لم يجب عليه الاستبراء .
وإن انفسخ البيع بينهما :
فإن قيل : إنه لا يملك إلا بالعقد وتقضي الخيار ، أو أنه موقوف مراعى ، فالنكاح بحاله ، وهما على الزوجية .

وإن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، ففي فسخ النكاح وجهان:

أحدهما: ينفسخ لوقوع ملكه.

والثاني: وهو ظاهر مذهبه: أنّ النكاح بحاله لا ينفسخ، لأنّ ملكه وإن تم فهو ملك غير مستقر.

فصل: إذا اشترى الرجل زوجته الأمةَ، ثم طلقها ثلاثاً في مدّة الخيار؟

فإن تم البيع بينهما، لم يقع الطلاق، إن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، أو هو موقوف، وإن قيل: لا يملك إلا بالعقد وتقضي الخيار، ففي وقوع الطلاق وجهان:

أحدهما: لا يقع، لما ذكرنا، ويحلُّ له وطؤها.

والثاني: قد وقع، ولا يحلُّ له وطؤها إلا بعد زوج.

وإن انفسخ البيع بينهما، وقع الطلاق، إن قيل: إنّه لا يملك إلاّ بالعقد وتقضّي الخيار، أو هو موقوف مراعى.

وإن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، ففي وقوع الطلاق و جهان والله أعلم.

فصل: وإذا اشترى زوجته الأمة، وكان قد طلقها قبل العقد فراجعها في مدة الخيار:

فإن تمَّ البيع، لم يكن للرجعة تأثير، لأن النكاح قد انفسخ.

وإن انفسخ البيع بينهما، صحت الرجعةُ، إن قيل: إنه لا يملك إلاّ بالعقد وتقضّي الخيار، أو هو موقوف مراعى.

فإن قيل: قد ملك بنفس العقد، ففي صحة الرجعة وجهان.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا بَأْسَ بِنَقْدِ الثَّمَنِ فِي بَيْعِ الخِيَارِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: يجوز للمشتري أن يدفع الثمن في مدة الخيار إلى البائع، وللبائع أن يدفع المبيع فيها إلى المشتري.

وكره مالك دفع الثمن في مدة الخيار، ولم يكره دفع المبيع، لأن بالمشتري حاجة إلى تقليب المبيع ونظر عينيه.

وهذا خطأ، لأن تسليم الثمن وقبض المبيع من موجب العقد، وما أوجبه العقد لم يمنع منه بعد العقد. وإذا صح جواز ذلك، وقبض المشتري المبيع، لم يكن ذلك قطعاً لخيار البائع، ولا يكون قبض البائع قطعاً لخيار المشتري.

ويمنع البائع من التصرف في الثمن، والمشتري من التصرّف في المبيع حتى تنقضي مدة الخيار، لأنّ الخيار يوقع حجراً في التصرّف.

فإن تم البيع، استقرّ وجاز التصرف. وإن انفسخ البيع، استرجع المشتري الثمن من البائع، واسترجع البائع المبيع من المشتري.

فلو قال المشتري: لست أَرُدُّ المبيع إلا بعد استرجاع الثمن، وقال البائع: لست أَرُدُّ الثمن إلا بعد استرجاع المبيع، لم يكن لواحد منهما حبس شيء مما بيده، ووجب لمن بدأ بالمطالبة أن يسترجع ما بيد صاحبه ثم يرد عليه ما بيده.

والفرق بين هذا، حيث لم يكن لواحد منهما حبس ما بيده على استرجاع ما بيد صاحبه، وبين أن يتمانعا القبض مع صحة العقد، فيقول البائع: لا أسلم المبيع إلّا بعد قبض الثمن، ويقول المشتري: لا أدفع الثمن إلّا بعد قبض المبيع، فيكون لكل واحد منهماحبس ما بيده على قبض ما بيد صاحبه:

إنّ فسخ البيع قد رفع حكم العقد، فكان التسليم لأجل اليد، لا بالعقد، واليد توجب الردّ، وليس كذلك إذا تمانعا مع بقاء العقد، لأن التسليم مستحق بالعقد، والعقد وإن أوجب عليه تسليم ما بيده، فقد أوجب له قبض ما في مقابلته، فجاز أن يكون أحدهما محبوساً على قبض الآخر له كما في الموجبين.

فصل: فلو تلف المبيع في يد المشتري قبل ردّه على البائع، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون تلفه قبل الفسخ.

والثاني: أن يكون بعد الفسخ.

فإن كان تلفه قبل الفسخ في مدة الخيار، فلا يخلو حال الخيار من أحد أمرين:

إما أن يكون خيار المجلس، أو خيار الشرط.

وإن كان خيار المجلس، فهو مضمون على المشتري بالقيمة دون الثمن على الأقاويل كلها، لا يختلف فيه المذهب، وسواء كان مما له مثل كالحنطة والشعير، أو مما لا مثل له كالثياب والعبيد، لأنّ ما له مثل، إنما يضمن بالمثل دون القيمة إذا لم يكن مضموناً على وجه المعاوضة كالغصب، فأمّا إذا كان مضموناً على وجه المعاوضة كالمقبوض للسوم أو بعقد بيع فاسد، أو مفسوخ، فإنه يضمن بالقيمة دون المثل.

وإن كان خيار شرط نُظِرَ.

فإن كان الخيار لهما أو للبائع وحده، فهو مضمون على المشتري بالقيمة دون الثمن، لا يختلف.

وإن كان الخيار للمشتري وحده دون البائع، فإن قيل: لا يملك إلا بالعقد وتقضي الخيار، أو هو موقوف مراع، فهو ضامن له بالقيمة دون الثمن.

وإن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، فعلى وجهين:

أحدهما: ـ وهو ظاهر نصه في البيوع ـ أنه ضامن له بالقيمة دون الثمن، لأن البيع لم يتمّ.

والثاني: ـ وقد أشار إليه في كتاب الصداق ـ أنه ضامن له بالثمن المسمّى دون القيمة، لأن ثبوت الخيار له وحده يجري مجرى خيار العيب، وإذا تلف المبيع، وقد ثبت فيه خيار العيب كان مضموناً بالثمن دون القيمة، فكذلك في خيار الشرط.

فأما إذا كان تلفه في يد المشتري بعد الفسخ، فلا يضمنه بالثمن، لا يختلف، لاستقرار الفسخ، وإنما يضمنه بالقيمة.

فإن تلف قبل الطلب، كان المشتري ضامناً للقيمة سواء كان ممّا له مثل أم لا، لأنه مقبوض على وجه المعاوضة.

وإن تلف بعد طلب البائع وبيع المشتري:

فإن كان ممّا لا مثل له، ضمنه بالقيمة في أكثر الأمرين.

وإن كان ممّا له مثل، فعلى وجهين:

أحدهما: يضمنه بالقيمة أيضاً؛ لأنه مقبوض على وجه المعاوضة.

والثاني: يضمنه بالمثل، لأنه لما منع من الرد بعد الفسخ والطلب، صار غاصباً، وخرج عن أن يكون معاوضاً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ خِيَارٍ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثٍ وَلَوْلَا الْخَبَرُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْمُصَرَّاةِ وَلِحِبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ فِيمَا اشْتَرَى ثَلَاثاً لَمَا جَازَ بَعْدَ التَّفَرُّقِ سَاعَةً وَلَا يَكُونُ لِلْبَائِعِ الانْتِفَاعُ بِالثَّمَنِ وَلَا لِلْمُشْتَرِي الانْتِفَاعُ بِالْجَارِيَةِ فَلَمَّا أَجَازَهُ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى مَا وَصَفْنَاهُ ثَلَاثاً اتَّبَعْنَاهُ وَلَمْ نُجَاوِزْهُ وَذَلِكَ أَنَّ أَمْرَهُ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ ثَلَاثاً حَدًّا».

قال الماوردي: وهذا كما قال، خيار الشرط، لا يجوز أكثر من ثلاث، وبه قال أبو حنيفة.

وقال أحمد وإسحاق: خيار الشرط يجوز مؤبداً من غير تحديد بمدّة معلومة.

وقال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور: يجوز مؤبداً إذا كان محدوداً بمدة معلومة

وقال مالك: يجرز ىس خيار الشرط في المبيعات على قدرها وبحسب ما تدعو إليه الحاجة في تعرّف أحوالها، فما أمكن تعرّفُ حاله في يوم، لم يجز أن يشترط فيه ثلاثاً، وما لم يمكن تعرّف حاله إلّا في شهر، جاز أن يشترط فيه شهراً.

واستدلوا على جواز اشتراط الخيار فوق ثلاث:

بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم»[1].

ولأنه خيار معلوم، فوجب أن يثبتَ في البيع، أصله خيار الثلاث؛ ولأنه شرط ملحق بالبيع يجوز ثلاثاً فوجب أن يجوز أكثر من ثلاث كالأجل؛ ولأن الخيار ضربان:

خيار مجلس، وخيار شرط.

فلما جاز أن يمتد خيار المجلس فوق ثلاث، جاز أن يكون الشرط فوق ثلاث.

ودليلنا: رواية أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ» فأجيز بالدلالة خيار الثلاث، وبقي ما سواه على حكم المنع.

وروى الشافعي عن سفيان عن ابن إسحاق عن نافع عن ابن عمر: أَنَّ حِبَّانَ بنَ مُنْقِذٍ كَانَ شُجَّ فِي رَأْسِهِ مَأْمُومَةً، فَثَقُلَ لِسَانُهُ، وَكَانَ يَخْدَعُ فِي الْبَيْعِ، فَجَعَلَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا يُبَايِعُ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ بِالْخَيَارِ ثَلاثاً، وَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «قُلْ لا خِلَابَةَ»[2] قال ابن عمر رضي الله عنه سمعته يقول: «لَا خِذَابَةَ».

قال الشافعي: وينبغي للمسلمين أن لا يخلبوا، والخلابة: الخديعة.

وجعل النبي ﷺ في المُصَرَّاةِ الخيار ثَلَاثاً[3]:

فكانت الدلالة في ذلك من وجهين:

أحدهما: أنّ حبّان كان أحوج الناس إلى الزيادة في الخيار لمكانه من ضعف النظر وحاجته إلى استدراك الخديعة، فلما لم يزد بالشرط على الثلاث دلّ على أنها غاية الحدّ في العقد.

والثاني: أنّه حدّه بالثلاث، والحدّ يفيد المنع إما من المجاوزة أو من النقصان، فلما جاز النقصان من الثلاث، علم أنه حدٌّ للمنع من مجاوزة الثلاث.

ولأن الخيار يمنع من التصرف وموجب العقد جواز التصرف، والشرط إذا كان منافياً لموجب العقد أبطله، كما لو باعه بشرط أن لا يتصرّف فيه ببيع ولا غيره.

وتحرير ذلك قياساً: أنّه معنى يمنع مقصود العقد، فوجب أن يفسد به العقد مع استغنائه عنه، أصله إذاباعه بشرط أن لا يبيعه، ولا يدخل عليه خيار الثلاث لأنه لا يستغنى عنه.

---

(١) من حديث عمرو بن عوف المزني أخرجه الترمذي ٣/٦٣٤ من الأحكام حديث (١٣٥٢) وقال: حديث حسن صحيح وأخرجه ابن ماجة ٢/٧٨٨ من الأحكام حديث (٢٣٥٣).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك ٢/٢٢ وأخرج البخاري أصله حديث (٢١١٧) ومسلم ٣/١٦٦٥ حديث (١٥٣٣/٤٨).

(٣) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة ٣/١١٨٥ في البيوع (١٥٢٤/٢٥).

ولأنّ الخيار غرر والعقد يمنع من كثير الغرر ولا يمنع من قليله كعقد الرؤية لما كان غرراً جُوِّزَ في توابع البيع ولم يُجَوَّزْ في جميعه، والثلاث في حدّ القلّة، وما زاد عليها في حدّ الكثرة بدليل قوله تعالى في قصة ثمود ﴿فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ﴾ [هود: ٦٤] ثم بيّن القريب فقال تعالى: ﴿تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥] فثبت أن الثلاث في حدّ القلّة، فجاز اشتراط الخيار بها في العقد لقلّة غررها، ولم يجز فيما زاد عليها لكثرة غررها.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم»

فقد استثنى منه «إلَّا شَرْطَاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً».

وأما الجواب عن قياسهم على خيار الثلاث فالمعنى فيها قِلَّةُ الغرر بها على أَنّ الثلاث رخصة مستثناة من جملة محظورة، فلم يجز القياس عليها.

وأما الجواب عن قياسهم على الأجل: فالمعنى فيه أنّ تأجيل الثمن لا يمنع مقصود العقد، لأن مقصوده طلب الفضل فيه بتوفير الثمن، وهذا موجود في زيادة الأجل، وليس كذلك الخيار، لأنّه يمنع مقصود العقد من جواز التصرّف في الثمن والمثمن.

وأما الجواب عن استدلالهم بخيار المجلس فالمعنى فيه أنه من موجبات العقد، فجازت فيه الجهالة، وخيار الثلاث من موجبات الشرط فلم تجز فيه الجهالة، كالقبض إذا كان مستحقاً بالعقد جاز أن يكون مجهول الوقت، وإذا كان مستحقاً بالشرط لم يجز أن يكون مجهول الوقت.

فصل: فإذا تقرر أنّ خيار ما زاد على الثلاث لا يصح. فمتى عقد البيع بشرط خيار يزيد على الثلاث أو خيار مجهول، كان البيع فاسداً، سواء أبطلا الزيادة على الثلاث في مدّة الثلاث أم لا.

وقال أبو حنيفة: إن اتفقا على إبطال ما زاد على الثلاث قبل تقضّي الثلاث، صح البيع. وإن لم يبطلاه حتى مضت الثلاث، فسد حينئذ البيع. استدلالاً بأن الشرط في مدّة الخيار بعد العقد في حكم الشرط حال العقد، ألا ترى أنهما لو زادا في الثمن أو نقصا منه في مدّة الخيار، أو زادا في الأجل أو نقصا منه، لزم ما اشترطاه من الزيادة والنقصان بعد العقد، كما يلزم لو شرطاه حال العقد، فلما ثبت أنّهما لو شرطا حال العقد إبطال ما زاد على الثلاث، صح العقد، وجب إذا اشترطا بعد العقد إبطال ما زاد على الثلاث أن يصح العقد.

ودليلنا: نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَر والنهي يقتضي فساد المنهى عنه؛ ولأنّه عقد فاسد، فوجب أن لا يلحقه الصحة قياساً على بيع الدرهم بالدرهمين؛ ولأنّه عقد شرط فيه خيار فاسد، فوجب أن يفسده، أصله: إذا لم يبطلاه حتى مضت الثلاث؛ ولأن كلّما أبطل العقد

إذا لم يتفقا على تصحيحه بعد العقد، أبطله وإن اتفقا على تصحيحه بعد العقد كالثمن المجهول.

ولأنّه شرط ينافي صحة العقد، فوجب أن يبطل به العقد كالأجل المجهول.

ولأنّ الخيار في مقابلة جزء من الثمن، ألا ترى أن الثمن في العرف يزيد بزيادته وينقص بنقصانه، فإذا بطل خيار ما زاد على الثلاث، سقط من الثمن ما قابله، فصار باقي الثمن مجهولاً، و البيع يبطل بالثمن المجهول فكذلك بما أوجبه من الخيار الفاسد.

فإن قيل: هذا الاستدلال يفسد بخيار الثلاث إذا شرطا إسقاطه بعد العقد، لأنه قد أسقط من الثمن ما قابله، فأفضى إلى جهالة في باقيه ولم يفسد البيع:

قيل: هذا لا يلزم، لأن الجهالة صارت في الثمن لمعنى حادث بعد العقد، فلم يقدح في صحة العقد، وهناك لمعنى قارن العقد، فقدح في صحة العقد، ألا ترى أنه إذا وجد بالمبيع عيباً فأخذ أرشه صار الثمن مجهولاً ولم يفسد العقد، لأنه لمعنى حادث بعد العقد، ولو قال: قد بعتكه بمائة درهم إلا أرش عيبه فسد العقد، لأنها جهالة بمعنى قارن العقد.

فأما الجواب عن استدلاله بعد فساده بالأجل المجهول: فهو أن العقد إذا زيد في ثمنه أو نقص منه فقد كان وقع صحيحاً وفي هذا الموضع وقع فاسداً، فلم يصح بعد فساده.

فصل: فإذا ثبت أن خيار الثلاث جائز، فإنّ الزيادة على الثلاث فاسدة، والبيع معها فاسد.

فلا بأس باشتراط الثلاث للبائع والمشتري، فلا يجوز للبائع التصرّف فيما قبضه من الثمن، لثبوت الخيار للمشتري، ولا يجوز للمشتري التصرّف فيما قبضه من المبيع، لثبوت الخيار للبائع.

ويجوز أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع دون المشتري، فلا يتصرّف المشتري في المبيع، لثبوت الخيار، ويجوز للبائع أن يتصرّف في الثمن، لأنّه لا خيار عليه للمشتري، ويكون تصرّفه في الثمن اختياراً للإمضاء.

ويجوز أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للمشتري دون البائع، فلا يتصرّف البائع في الثمن، لثبوت الخيار للمشتري، ويجوز للمشتري أن يتصرّف في المبيع، لأنّه لا خيار عليه للبائع وهل يكون تصرّفه في المبيع اختياراً للإمضاء؟.

على وجهين ذكرناهما في وقته، وفرّقنا بين تصرّف البائع وتصرّف المشتري بما مضى.

فصل: وإذا جاز اشتراط خيار الثلاث، جاز اشتراط خيار ما دون الثلاث، فيجوز أن

يشترطا خيار يوم، ويجوز أن يشترطا خيار يومين، ويجوز أن يشترط أحدهما خيار يوم والآخر خيار يومين، أو أحدهما خيار ثلاث والآخر خيار يوم.

فلو تبايعا بغير خيار، فقبل افتراقهما شرطاً في العقد خيار يوم، ثبت لهما خيار اليوم، فلو افترقا ثم اجتمعا قبل تقضّيه، فزادا في الخيار يوماً آخر، ثبت الخيار في اليوم الثاني، فإن اجتمعا في اليوم الثاني، فزاد فيه يوماً ثالثاً، ثبت الخيار لهما فيه، فإن اجتمعا قبل تقضي الثالث، فزاد فيه يوماً رابعاً، بطل البيع، لأنّهما لو شرطا ذلك في العقد، بطل، فكذلك إذا ألحقاه بالعقد في مدّة الخيار يجب أن يبطل.

فلو أنهما أسقطا اليوم الرابع، لم يصح العقد، لفساد باشتراطه.

فصل: وإذا تبايعا نهاراً وشرطا الخيار إلى الليل، ينقضي الخيار بغروب الشمس.

ولو تبايعا ليلاً بشرط الخيار إلى طلوع الفجر، يقضي الخيار بطلوع الفجر، ولا تكون الغاية داخلةً في شرط الخيار.

وقال أبو حنيفة: تدخل الغاية في شرط الخيار، فإذا شرطا في بيع النهار الخيار إلى الليل، دخل الليل في الخيار. وإذا تبايعا ليلاً بشرط الخيار إلى النهار، دخل النهار في الخيار.

ودليلنا: هو أن أهل اللغة مجمعون على أن «من» لابتداء الغاية و«إلى» لانتهاء الغاية، ألا ترى أنهم لو قالوا: سافرت من البصرة إلى الكوفة: دلّوا بذلك على أنّ البصرة ابتداء سفرهم والكوفة غاية سفرهم، فاقتضى أن تكون الغاية خارجة من الحكم، لأنّها حدّ، والحدّ لا يدخل في المحدود، فعلى هذا لو قال: له عليّ من درهم إلى عشرة كان مُقِرّا بتسعة، لأن العاشر غاية.

ولو قال لزوجته: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث، طلقت طلقتين، لأنهُ جعل الثالثة غاية.

فصل: فإذا اجتمع في العقد خياران: خيار شرع، وخيار شرط. فخيار الشرع، مقدّر باجتماع الأبدان، وخيار الشرط، مقدّر بما شرطا من الزمان. فلو كان خيار الشرط ثلاثاً، فلأصحابنا في ابتدائها وجهان:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا: أنّ ابتداءها من بعد انقطاع خيار المجلس، إما بالتفرّق أو التخاير، ولا يدخل أحد الخيارين في الآخر، لأنّ خيار المجلس مستفاد بالشرع وخيار الثلاث مستفاد بالشرط، وإذا كان موجبهما مختلفاً، تميزا ولم يتداخلا.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي: أن ابتداء خيار الثلاث من

وقت العقد، ويكون خيار المجلس داخلاً فيه، لأنّه لو اعتبر ابتداؤه من بعد خيـار المجلس، لأفضى إلى الجهـالة في ابتـدائه وانتهـائه بجهـالـة خيـار المجلس، وإذا كـان خيـار الشـرط مجهولاً، لم يجز، فاعتبر ابتداؤه من حين العقد فيكون معلوماً، فيجوز.

فعلى هـذا إن تفرّقـا قبل مضي الثـلاث ثبت خيار الثـلاث، ولم يكن لخيـار المجلس تأثير، وإن لم يتفرقا حتى مضت الثلاث، ثبت خيار المجلس، ولم يكن لخيار الثلاث تأثير.

فصل: فإذا كان زمان الخيـار باقيـاً، فلكلّ واحـد من المتعاقـدين فسخ العقـد من غير حضور صاحبه، وبه قال مالك وإليه رجع أبو يوسف.

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز لواحد منهما فسخ البيع إلّا بحضور صاحبـه استدلالاً بأنه فسخ عقد، فلم يصح إلا بحضور من يجب عليه الردّ كالإقالة.

ولأن الفسخ يوجب انتقال الملك، كما أنّ العقد يوجب انتقال الملك، فلما كان العقد لا يصح إلّا بهما، وجب أن يكون الفسخ لا يصح إلّا بحضورهما.

ودليلنا: ما روي أنّ رسول الله ﷺ جعل لحبّان الخيار ثلاثا وقال: «قُلْ: لَا خِـلَابَةَ فِي الإِسْلَامِ» ولم يشترط في خياره حضور صاحبه، فدلّ على استواء حكمه.

ولأنـه اختيار فسـخ البيع في مـدّة خياره، فـوجب أن ينفسخ، أصله إذا كـان بحضـور صاحبه. ولأنّه معنى يقطع الخيار، فوجب إذا لم يكن من شرطه رضا المتعاقـدين أن لا يفتقر إلى حضورهما.

أصله إجازة البيع.

ولأنّ كلّما كان فسخاً بحضور المتعاقدين، كان فسخاً بغيبة أحدهما كوطء البائع وقُبْلَتِهِ للجارية المبيعة.

ولأن كل من لم يفتقر رفع العقد إلى رضاه، لم يفتقر رفع العقد إلى حضوره، كالزوج في طلاق امرأته طرداً والإقالة عكساً.

وفيه انفصال عن الاستدلالين:

لأنه لما افتقر العقد والإقالة إلى رضاهما، افتقر إلى حضورهما، ولما لم يفتقـر الفسخ إلى رضاهما، لم يفتقر إلى حضورهما.

فصـل: إذا وكّل رجـل رجلا في بيـع شيء أو ابتياع شيء، فهـل يجـوز للرجـل[1] أن يشترط في عقد البيع خيار الثلاث من غير إذن المُوَكِّل أم لا؟ على وجهين:

---

(١) في أ للوكيل.

أحدهما: لا يجوز أن يتشرط خيار الثلاث إلا بإذن من الموكِّل صريح، لأن الخيار لا يتناوله العقد إلا بشرط، فلم تتضمنه الوكالة إلا بإذن كالأجل.

والوجه الثاني: يجوز له اشتراط خيار الثلاث من غير إذن الموكّل، لأن الخيار زيادة نظر وطلب حظ بخلاف الأجل.

وإذا كان كذلك، وشرط الوكيل في عقد البيع خيار الثلاث، فهو ثابت للوكيل والموكل، أما الوكيل، فلأجل عقده، وأما الموكل، فلحق ملكه.

وإذا كان الخيار لهما، فأيّهما سبق صاحبه إلى قطع الخيار بفسخ أو إجازة، صح، لأن كل واحد منهما قائم مقام صاحبه، فإن سبق الوكيل إلى ذلك ولم يرض به الموكل لزمه، وكذا لو سبق الموكل من غير علم الوكيل صح. والله أعلم.

فصل: إذا باع سلعة على أن يكون خيار الثلاث فيها لزيد. قال الشافعي في كتاب الصرف: جاز، وكان الخيار لزيد، ولم يكن للبائع فيه خيار، ومنع منه في موضع آخر. فاختلف أصحابنا في هذا الشرط على ثلاثة مذاهب:

أحدها: حمل الجواب على ظاهر نصّه الأول، ويصح الشرط، ويكون الخيار لزيد المسمى دون البائع، لأن العقد يمنع اشتراط الخيار، ومستحق الخيار موقوف على قول من شرط الخيار.

والثاني: أن هذا الشرط فاسد، ولا يجوز أن يستحق الخيار في البيع إلا من عقده أو عُقِدَ له، وليس زيد المسمّى في استحقاق الخيار له عاقِداً ولا معقوداً له، فلم يجز أن يثبت له في العقد خيار.

والثالث: إن جعل الخيار لزيد على طريق التوكيل له في النظر عن البائع، صح، وثبت الخيار لزيد المسمّى وللبائع معاً، وكان زيد وكيلاً للبائع، فأيْهما اختار الفسخ أو الإمضاء لزم: الوكيل أو الموكل.

فإن جعل له الخيار ملكاً له دون البائع، أو أطلق الشرط، لم يجز وكان باطلاً.

وتعليل هذا المذهب مشترك من تعليل المذهبين الأولين وهو أظهر المذاهب الثلاثة [ولأنه لا يجوز أن يثبت الخيار لوكيله دونه][1].

فإذا قيل: بصحة هذا الشرط على التفصيل المذكور، صح البيع وثبت فيه الشرط. فإذا قيل: بفساد هذا الشرط، فالصحيح أن البيع يفسد بفساده، ويكون العقد بهذا الشرط

---

(١) سقط في أ.

باطلاً لمنافاته. وفيه وجه آخر محكي عن ابي العبّاس بن سريج: أن الشرط فاسد والبيع صحيح.

وفيما يتناوله الفساد من الشرط وجهان:

أحدهما: جملة الخيار، فيصير البيع لازماً ولا خيار فيه.

والثاني: أن الفساد إنما توجه إلى اشتراط الخيار لزيد المسمّى، ويكون الخيار ثابتاً للبائع. والله أعلم.

فصل: فإذا قال: بعتك هذه السلعةعلى استئمار زيد:

قال الشافعي في كتاب الصرف: لم يكن له الردّ إلا أن يقول قد استأمرت زيداً فأذن لي في الردّ.

فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين: **أحدهما**: أن هذا الشرط لازم.

والجواب فيه على ظاهره وليس له أن يردّ إلا بعد استئمار زيد وإذنه لأجل شرطه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق وكافة البصريين: أنّ هذا الشرط ليس بلازم، وله الردّ في مدّة الخيار، سواء استأمر زيداً أم لم يستأمره، لأن استحقاق الخيار يمنع من أن يكون ممنوعاً من الخيار.

فمن قال بهذا لهم عن جواب الشافعي: لم يكن له الردّ إلا بعد استئماره، تأويلان:

أحدهما: يريد به ليس له إذا ردَّ أن يقول: قد أذن لي في الردّ، إلا بعد استئماره لئلا يكون كذباً، فكان هذا النهي منه عن الكذب لا عن الردّ.

والتأويل الثاني: أنه عنى الاحتياط إذا كان زيد أعرف، فيكون معنى قوله: لم يكن له الردّ إلا بعد استئماره: أي لم يكن الحظ في الردّ إلا بعد استئماره، وإن لم يكن ذلك مانعاً من استحقاق الردّ والله أعلم بالصواب.

باب الربـا
وَمَا لاَ يَجُوز بَعْضُهُ بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلاً وَلاَ مُؤَجَّلاً وَالصَّرْفِ

سَمِعْتُ الْمُزَنِيَّ يَقُولُ (قَالَ الشَّافِعِيّ) أَخْبَرَنِي عَبْدُ الْوَهَّابِ بْنُ عَبْدِ الْمَجِيدِ الثَّقَفِيُّ عَنْ أَيُّوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ عَنْ مُسْلِمِ بْنِ يَسَارٍ وَرَجُلٌ آخَرُ عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ «لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلاَ الوَرِقَ بالوَرِقِ وَلاَ الْبُرَّ بِالْبُرِّ وَلاَ الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ وَلاَ التَّمْرَ بِالتَّمْرِ وَلاَ الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ إِلاَّ سَوَاءً بِسَوَاءٍ عَيْناً بِعَيْنٍ يَداً بِيَدٍ وَلَكِنْ بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ وَالْوَرِقِ بالذَّهَبِ وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ وَالشَّعِيرَ بِالْبُرِّ وَالتَّمْرَ بِالْمِلْحِ وَالْمِلْحَ بِالتَّمْرِ يَداً بِيَدٍ كَيْفَ شِئْتُمْ» (قال) وَنَقَصَ أَحَدُهُمَا التَّمْرَ وَالْمِلْحَ وَزَادَ الآخَرُ فَمَنْ زَادَ أَوِ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى[1] (قال الشافعي) وَهُوَ مُوَافِقٌ لِلأَحَادِيثِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الصَّرْفِ وَبِهِ قُلْنَا».

قال الماوردي: الأصل في تحريم الربا الكتاب والسنة ثم الإجماع.

فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلوا الرِّبَا أَضْعَافاً مُضَاعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠].

معنى قوله: «أضعافاً» مضاعفاً، أي: أضعاف الحق الذي دفعتم، لأن أهل الجاهلية كان الواحد منهم إذا حل دينه قال لغريمه إما أن تعطي أو تربي، فإن أعطاه وإلا أضعف عليه الحق وأضعف له الأجل ثم يفعل كذلك إذا حل حتى يصير الحق أضعافاً مضاعفة، فحظر الله تعالى ذلك لما فيه من الفساد، ثم أكد الزجر عليه بقوله: ﴿واتَّقُوا النَّار الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِين﴾ [آل عمران: ١٣١]؛ فأخبر أن نار أكل الربا كنار الكافر.

وقال سبحانه وتعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانِ مِنَ الْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. يعني لا يقومون يوم القيامة من قبورهم إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان في الدنيا من المس. يعني: الجنون.

ثم قال تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ وهذه الآية نزلت في ثقيف وذلك أنهم كانوا أكثر العرب ربا فلما نزل تحريم الربا قالوا كيف يحرم الربا وإنما البيع مثل الربا، فرد الله تعالى عليهم قولهم وأبطل جمعهم. ثم قال:

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند ١٥٧/٢ حديث (٥٤٥) ومسلم ١٢١٠/٣ في كتاب المساقاة حديث (١٥٨٧/٨٠).

﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ﴾ يعني القرآن ﴿فَانْتَهَى﴾ ﴿فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ يعني ما أكل من الربا. وقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُم مُؤْمِنِين﴾ [البقرة: ٢٧٨] يعني ما لم يقبض من الربا إذا أسلموا عليه تركوه، وما قبضوه قبل الإسلام لم يلزمهم أن يردوه. ثم توعد على ذلك لتوكيد الزجر فقال: ﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِه، وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ يعني ما دفعتموه ﴿لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُون﴾[البقرة: ٢٧٩]، بأن تمنعوا ﴿رُؤُوس أَمْوَالِكُمْ﴾ ثم قال تيسيراً على خلقه: ﴿وَإِنْ كَانَ﴾ ـ من قد أربيتموه ـ ﴿ذو عُسْرَةٍ﴾ برأس المال ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] يعني إلى وقت اليسار. وهذه آخر آية نزلت من القرآن على ما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: آخِرُ مَا نَزَلَ مِنَ الْقُرْآنِ آيَةُ الرِّبَا فَإِنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ قبِضَ قَبْلَ أَنْ يُفَسِّرَهَا فَدَعُوا الرِّبَا وَالرِّيبةَ.

وأما السنة فما روي عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ آكِلَ الرِّبَا وَمُؤَكِّلَهُ وَشَاهِدَهُ وَكَاتِبَهُ[1].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة الوداع: أَلاَ وإِنَّ كُلَّ رِبا مِنْ رِبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ لَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُون. فأَوَّلُ رِباً أَضَعُهُ رِبَا عَمِّي الْعَبَّاسِ، أَلاَ وإِنَّ كُلَّ دَمٍ مِنْ دَمِ الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ وَأَوَّلُ دَمٍ أَضَعُهُ دمُ الْحَارِثِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ[2].

ثم قد أجمع المسلمون على تحريم الربا وإن اختلفوا في فروعه وكيفية تحريمه حتى قيل إن الله تعالى ما أحل الزنا ولا الربا في شريعة قط، وهو معنى قوله: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١] يعني: في الكتب السالفة.

فصل: فإذا ثبت تحريم الربا بما ذكرنا من الكتاب والسنة والإجماع فقد اختلف أصحابنا فيما جاء به الكتاب من تحريم الربا على وجهين:

أحدهما: أنه مجمل فسرته السنة. وإن ما جاءت به سنة رسول الله ﷺ فإنما هو تفسير لما تضمنه مجمل كتاب الله عز و جل من الربا نقداً أو نساء.

والوجه الثاني: أن تحريم الربا من كتاب الله تعالى إنما يتناول معهود الجاهلية من الربا في النساء وطلب الفضل بزيادة الأجل ثم وردت سنة رسول الله ﷺ بزيادة الربا في النقد فاقترنت بما تضمنه التنزيل، وإلى هذا كان يذهب أبو حامد المروزي.

---

(١) أخرجه أبو داود ٣/٢٤٤ في البيوع حديث (٣٣٣٣) والترمذي ٣/٥١٢ في البيوع حديث (١٢٠٦) وقال: حسن صحيح والنسائي ٦/١٤٩ وهو عند مسلم من حديث جابر ٣/١٢١٩ في كتاب المساقاة حديث (١٥٩٨/١٠٦).

(٢) أخرجه مسلم مطولاً ٢/٨٨٦ في الحج حديث (١٢١٨/١٤٧) وأبو داود حديث (٣٣٣٤) والبيهقي ٥/٢٧٤.

فصل: فإذا تقرر أن الربا حرام فلا فرق في تحريمه بين دار الإسلام ودار الحرب. فكل عقد كان رباً حراماً بين مسلمين في دار الإسلام، كان رباً حراماً بين مسلم وحربي في دار الحرب سواء دخل المسلم إليها بأمان أو بغير أمان.

وقال أبو حنيفة: لا يحرم الربا على المسلم من الحربي في دار الحرب سواء دخل بأمان أو بغير أمان. احتجاجاً بحديث مكحول أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: لَا رِبَاً بَيْنَ مُسْلِمٍ وَحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْحَرْبِ[1]، ولأن أموال أهل الحرب مباحة للمسلم بغير عقد فكان أولى أن يستبيحها بعقد.

والدلالة على أن الربا في دار الحرب حرام كتحريمه في دار الأسلام، عموم ما ذكرنا من الكتاب والسنة.

ثم من طريق المعنى والعبرة: أن كل ما كان حراماً في دار الإسلام كان حراماً في دار الشرك كسائر الفواحش والمعاصي ولأن كل عقد حرم بين المسلم والذمي، حرم بين المسلم والحربي كدار الإسلام، ولأنه عقد فاسد فوجب ألا يستباح به المعقود عليه كالنكاح.

فأما احتجاجه بحديث مكحول فهو مرسل والمراسيل عندنا ليست حجة. فلو سلم لهم لكان قوله ﷺ «لَا رِباً» يحتمل أن يكون نفياً لتحريم الربا ويحتمل أن يكون نفياً لجواز الربا فلم يكن لهم جملة على نفي التحريم إلا ولنا حمله على نفي الجواز ثم حملنا أولى لمعاضدة العموم له، وأما احتجاجه بأن أموالهم يجوز استباحتها بغير عقد فكان أولى أن تستباح بعقد فلا نسلم إذا كانت المسألة مفروضة في دخوله إليهم بأمان لأن أموالهم لا تستباح بغير عقد فكذا لا يستبيحها بعقد فاسد. ولو فرضت المسألة مع ارتفاع الأمان لما صح الاستدلال من وجه آخر وهو أن الحربي إذا دخل دار الإسلام جاز استباحة ماله بغير عقد ولا يجوز استباحته بعقد فاسد.

ثم نقول: ليس كل ما استبيح منهم بغير عقد جاز أن يستباح منهم بالعقد الفاسد. ألا ترى أن الفروج يجوز استباحتها منهم بالفيء من غير عقد ولا يجوز استباحتها بعقد فاسد، فكذا الأموال وإن جاز أن تستباح منهم بغير عقد لم يجز أن تستباح بالعقد الفاسد. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَبِهَا تَرَكْنَا قَوْلَ مَنْ رَوَى عَنْ أُسَامَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ»[2] لأَنَّهُ مُجْمَلٌ وَكُلُّ ذَلِكَ مُفَسَّرٌ فَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ

(١) موضوع، انظر نصب الراية ٤/٤٤ والدراية ٢/١٥٨.

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة حديث (١٠٢ ـ ١٠٤) والنسائي ٧/٢٨١ وابن ماجة في السنن حديث (٢٢٥٧) وأحمد في المسند ٥/٢٠٨ والطبراني في الكبير ١/١٣٦ والشافعي في المسند كما في =

النَّبِيُّ ﷺ سُئِلَ عَنِ الرِّبَـا أَفِي صِنْفَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ذَهَبٌ بِوَرِقٍ أَمْ تَمْـرٍ بِحِنْطَةٍ؟ فَقَـالَ «الرِّبَـا فِي النَّسِيئَةِ» فَحَفِظَهُ فَأَدَّى قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ وَلَمْ يُؤَدِّ الْمَسْأَلَةَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. والربا ضربان: نقد، ونساء.

وأما النساء: فهو بيع الدرهم بالدرهمين إلى أجل وهو المعهود من ربا الجاهلية والذي قد أجمع على تحريمه جميع الأمة.

وأما النقد: فهـو بيع الـدرهم بالـدرهمين يداً بيـد، فمذهب جمهـور الصحابـة وكافـة الفقهـاء تحريم ذلـك كـالنسـاء، وذهب خمسـة من الصحـابـة إلى إحـلالـه وإبـاحتـه وهـم: عبد الله بن عباس، وعبد الله بن الزبيـر، وأسامـة بن زيد، وزيـد بن أرقم والبراء بن عـازب تعلقاً بخبرين:

أحدهما: ما استدل به ابن عباس أن أسامة بن زيد روى عن النبـي ﷺ أنه قـال: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئة». فلما أثبت الرِّبَا فِي النَّسِيئة دلَّ على انتفاء الربا في النقد.

والثاني: ما رواه عمرو بن دينار عن أبي المنهـال قال: بـاع شريـك لي دراهم بدراهم بالكوفة وبينهما فضل. فقلت: ما أراه يصلح هذا فقال: لقد بعتها في السوق فما عـاب علي ذلك أحد، فأتيت البراء بن عازب فسألتـه فقال: قَـدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَـدِينَةَ وَتِجَـارَتُنَا كَـذَا فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: مَا كَانَ يَداً بِيَد فَلَا بَأْسَ بِهِ وَمَا كَانَ نَسِيئَـةً فَلَا خَيْـرَ فِيهِ. وَأَتَيْتُ زَيْـدَ بْنَ أَرْقَمَ فَإِنَّهُ كَانَ أَعْظَمَ تِجَارَةً مِنَّا، فَأَتَيْتُهُ فَسَأَلْتُهُ فَقَالَ لِي مِثْلَ ذَلِكَ[1] وهذا نص.

والدلالة على تحريم ذلك أربعة أحاديث:

أحدها: حديث عبادة بن الصامت المقدم ذكره في صدر الباب.

وقوله: «إلا سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَدَاً بِيَد».

والثـاني: حديث أبي المتـوكل عن أبي سعيـد الخـدري قـال: قـال رسـول الله ﷺ: «الْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالذَّهَبُ بِالذَّهَبِ سَـوَاءٌ بِسَوَاءٍ فَمَنْ زَادَ وَاسْتَـزَادَ فَقَدْ أَرْبَى. الآخِـذُ وَالْمُعْطِي سَوَاءٌ».

والثـالث: حديث مـالك بن عـامـر عن عثمـان أن النبي ﷺ قـال «لَا تَبِيعُـوا الـدِّينَـارَ بِالدِّينَارَيْن وَلَا الدِّرهَمُ بِالدِّرْهَمَيْن»[2].

= البدائع (١٣٠٣) والطيالسي في المسنـد كما في المنحـة (٦٣٦١) والطحـاوي في معاني الآثـار ٦٤/٤ وابن أبي شيبة ١١٠/٧.

(١) أخرجه البخاري ١٥٩/٥ في كتاب الشركة (٢٤٩٧) (٢٤٩٨).

(٢) أخرجه مسلم ١٢٠٩/٣ في كتاب المساقاة (١٥٨٥/٧٨) وأحمد في المسند ١٠٩/٢ ومالك في الموطأ ٦٣٣/٢.

والرابع: حديث سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ والدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ لاَ فَضْلَ بَيْنَهُمَا»(١).

وأما حديث أسامة وقوله «إنما الربا في النسيئة» ففيه جوابان:

أحدهما: وهو جواب الشافعي: أنه جواب من النبي ﷺ لسائل سأله عن التفاضل في جنسين مختلفين فقال: إنما الربا في النسيئة فنقل أسامة جواب النبي ﷺ وأغفل سؤال السائل.

والثاني: أنه محمول على الجنس الواحد يجوز التماثل فيه نقداً ولا يجوز نسيئة. على أن ابن عباس المستدل بحديث أسامة رجع عن مذهبه حين لقيه أبو سعيد الخدري وقال له: يا ابن عباس إلى متى تأكل الربا وتطعمه الناس وروى له حديثه عن النبي ﷺ. فقال ابن عباس: يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ هَذَا رِباً كَانَ مِنِّي وَإِنِّي أَسْتَغْفِرُ اللَّهَ وَأَتُوبُ إِلَيْهِ.

وأما حديث أبي المنهال عن البراء بن عازب وزيد بن أرقم فمنسوخ؛ لأنه مروى عن أول الهجرة وتحريم الربا متأخر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَحْتَمِلُ قَوْلُ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِباً إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ» يُعْطِي بِيَدٍ وَيَأْخُذُ بِأُخْرَى فَيَكُونُ الأَخْذُ مَعَ الإِعْطَاءِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لاَ يَتَفَرَّقَ الْمُتَبَايِعَانِ مِنْ مَكَانِهِمَا حَتَّى يَتَقَابَضَا فَلَمَّا قَالَ ذَلِكَ عُمَرُ لِمَالِكِ بْنِ أَوْسٍ لاَ تُفَارِقْهُ حَتَّى تُعْطِيَهُ وَرِقَهُ أَوْ تَرُدَّ إِلَيْهِ ذَهَبَهُ(٢) وَهُوَ رَاوِي الْحَدِيثِ دَلَّ عَلَى أَنَّ مُخْرَجَ «هَاءَ وَهَاءَ» تَقَابُضُهُمَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال. كل شيئين ثبت فيهما الربا بعلة واحدة لم يصح دخول الأجل في العقد عليهما ولا الافتراق قبل تقابضهما. سواء كانا من جنس واحد كالبر بالبر أو من جنسين كالشعير بالبر حتى يتقابضا قبل الافتراق في الصرف وغيره. وقال أبو حنيفة في الذهب والورق كقولنا لا يصح فيهما العقد إلا بالقبض قبل الافتراق ولا يثبت فيهما الأجل ولا خيار الشرط.

وأجاز فيما سوى الذهب والورق تأخير القبض وخيار الشرط وإن لم يدخل فيه الأجل. استدلالاً بأنه عقد لم يتضمن صرفاً فلم يكن التقابض فيه قبل الافتراق شرطاً كالثياب بالثياب.

---

(١) أخرجه مسلم ١٢١٢/٣ في المساقاة (١٥٨٨/٨٥) ومالك في الموطأ ٦٣٢/٢ في البيوع (٢٩) والشافعي في الرسالة فقرة (٧٥٩).

(٢) أخرجه البخاري ٤٠٨/٤ في البيوع حديث (١٢٣٤) ومسلم ١٢٠٩/٣ في المساقاة (١٥٨٦/٧٩).

قال: ولأن القبض يراد لتعيين ما تضمنه العقد فلما كان الذهب والورق لا يتعين بالعقد لزم فيه تعجيل القبض ليصير المعقود عليه معيناً، ولما كان ما سوى الذهب والورق من البر والشعير وغيرهما يتعين بالعقد لم يلزم فيه تعجيل القبض؛ لأن المعقود عليه قد صار معيناً.

والدلالة عليه: حديث عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلَا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ، وَلَا الْبُرَّ بِالْبُرِّ، وَلَا الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ، وَلَا التَّمْرَ بِالتَّمْرِ، وَلَا الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ، عَيْناً بِعَيْنٍ، يَداً بِيَدٍ، وَلَكِنْ بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ، وَالْوَرِقَ بِالذَّهَبِ، وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ، وَالشَّعِيرَ بِالْبُرِّ، وَالتَّمْرَ بِالْمِلْحِ، وَالْمِلْحَ بِالتَّمْرِ يَداً بِيَد كَيْفَ شِئْتُمْ». فشرط في بيع ذلك كله تعجيل القبض بقوله إلَّا يَداً بِيَدٍ. فإن قيل: فقوله يَداً بِيَدٍ نَفْياً لدخول الأجل فيه وأن يكون العقد عليه بالنقد وليس بشرط في تعجيل القبض. قيل يبطل هذا التأويل بثلاثة أشياء.

أحدها: أنه جمع في الخبر بين الذهب والورق وبين البر والشعير فلما كان قوله «إلَّا يَداً بِيَدٍ» محمولا في الذهب والورق على تعجيل القبض وجب أن يكون في البر والشعير مثله لأنها جملة معطوف عليها حكم.

والثاني: أن نفي الأجل مستفاد من هذا الحديث بقوله إلا عيناً بعين، لأن المؤجل لا يكون عيناً إذ العين لا يدخل فيها الأجل وإنما يكون عيناً بدين. فوجب أن يكون قوله إلَّا يَداً بِيَدٍ محمولا على غير نفي الأجل وهو تعجيل القبض ليكون الخبر مقيداً لحكمين متغايرين، واختلاف اللفظين محمولاً على اختلاف معنيين.

والثالث: أن قوله إلَّا يَداً بِيَدٍ مستعمل في اللغة على تعجيل القبض لأجل أن القبض يكون باليد وليس بمستعمل في نفي الأجل إلا على وجه المجاز فكان حمل الكلمة على حقيقتها في اللغة أولى من حملها على المجاز. ومما يدل على أصل هذه المسألة ونفي هذا التأويل أيضاً: ما استدل به الشافعي من حديث عمر رواه مالك عن ابن شهاب عن مالك بن أوس عن عمر قال: قَالَ رسول الله ﷺ: الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ رِبَاً إِلَّا هَاءً وَهَاءً، وَالْوَرِق بِالْوَرِقِ رِبَا إِلَّا هَاءً وَهَاءً، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رِباً إِلَّا هَاءٍ وَهَاءً، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِباً إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِباً إِلَّا هَاءً وَهَاءً.

قال الشافعي فاحتمل قوله: «إلَّا هَاءَ وَهَاءَ» معنيين:

أحدهما: أن يعطي بيد ويأخذ بأخرى فيكون الأخذ مع الإعطاء، واحتمل ألا يتفرق المتبايعان عن مكانهما حتى يتقابضا، فلما رُوِيَ أَنَّ مَالِكَ بَن أَوْسِ بْنِ الْحَدْثَانِ صَارَفَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ بِمَائَةِ دِينَارٍ بَاعَهَا عَلَيْهِ بِدَرَاهِم فَقَالَ طَلْحَةَ لِمَالِكٍ: حَتَّى يَأْتِي خَازِنِي مِنَ الْغَابَةِ وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَسْمَعُ فَقَالَ عَمَرُ لِمَالِكٍ لَا وَاللَّهِ لَا تُفَارِقْهُ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ وَرِقَكَ أَوْ يَرُدَّ عَلَيْكَ ذَهَبَكَ. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِباً إِلَّا هَاءً وهاءً.

دل على أن المراد بهذا الحديث من المعنيين المحتملين التقابض قبل الافتراق لأمرين:

أحدهما: أن راوي الحديث إذا فسره على أحد معنيين كان محمولاً عليه.

والثاني: أن في تكليف الناس الإعطاء بيد والأخذ بأخرى مشقة غالبة والشريعة موضوعة على التوسعة والسماحة فامتنع أن يكون هذا مرادا.

ثم الدليل على ذلك من طريق المعنى: أنه عقد معاوضة يمنع من ثبوت الأجل فوجب أن يمنع من التفرق قبل القبض كالصرف ولأن كل ما كان شرطاً معتبراً في عقد الصرف كان شرطاً معتبراً فيما دخله الربا من غير الصرف كالأجل.

وأما الجواب عن قياسهم على بيع الثياب بالثياب فمنتقض بالسلم حيث لزم فيه القبض ثم المعنى في بيع الثياب بالثياب عدم الربا فيها فجاز تأخير قبضهما وما ثبت الربا فيه لم يجز تأخير قبضه كالصرف.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن القبض إنما يراد لتعيين ما تضمنه العقد والبر والشعير مما يتعين بالعقد فلم يفتقر إلى القبض فهو أن هذا يفسد ببيع الحلي بالحلي يلزم فيه تعجيل القبض وإن كان متعيناً بالعقد. ثم لو سلم من هذا الكسر لكان عكس هذا الاعتبار أشبه بالأصول لأن السلم يتعين فيه الثمن ولا يتعين فيه المثمن، ثم يلزم فيه تعجيل قبض الثمن وإن كان معيناً ولا يلزم فيه تعجيل قبض الثمن وإن لم يكن معيناً فكان اعتبار هذا يوجب تعجيل القبض فيما كان معيناً، ولا يوجبه فيما ليس بمعين، ولما انعكس هذا الاعتبار عليه بطل أن يكون له دليل فيه.

فصل: فإذا ثبت أن القبض قبل الافتراق شرط في صحة العقود التي لا تدخلها الآجال ويلحقها الربا من صرف وغيره وأن حكم ما فيه الربا وإن لم يكن صرفاً كحكم ما فيه الربا إذا كان صرفاً فتصارف الرجلان مائة دينار بألف درهم وتقابضا الدراهم ولم يتقابضا الدنانير أو تقابضا الدنانير ولم يتقابضا الدراهم حتى تفارقا فلا صرف بينهما ولزم رد المقبوض منهما سواء علما فساد العقد بتأخير القبض أو جهلا.

فلو لم يتفرقا ولكن خير أحدهما صاحبه فاختار الإمضاء القائم مقام الافتراق قبل أن يتقابضا كان هذا التخير باطلاً ولم يبطل العقد لأن اختيار الإمضاء إنما يكون بعد تقضي علق العقد، وبقاء القبض يمنع من نقض علقه فمنع من اختيار إمضائه، فإن تقابضا بعد ذلك وقبل الافتراق صح العقد واستقر وكانا بالخيار ما لم يتفرقا أو يتخايرا. فلو وكل أحدهما في القبض له والإقباض عنه، فإن قبض الوكيل وأقبض قبل افتراق موكله والعاقد الآخر صح العقد، وإن أقبض بعد افتراقهما لم يجز وكان العقد باطلاً لافتراق المتعاقدين قبل القبض،

فلو تقابض المتصارفان ما تصارفا عليه في مداد قبل الافتراق جاز ولم يلزم دفع جميعه مرة واحدة وإنما يلزم قبض جميعه قبل الافتراق وسواء طالت مدة اجتماعهما أو قصرت.

فلو اختلفا بعد الافتراق فقال أحدهما تفارقنا عن قبض وقال الآخر بخلافه كان القول قول من أنكر القبض ويكون الصرف باطلاً.

فإن قيل أليس لو اختلفا بعد الافتراق في الإمضاء والفسخ فقال أحدهما افترقنا عن فسخ وقال الآخر عن إمضاء كان القول في أحد الوجهين قول من ادعى الإمضاء والبيع لازم فهلا كان اختلافهما في القبض مثله. قيل الفرق بينهما أن مدعي الفسخ ينافي بدعواه مقتضى العقد لأن مقتضاه اللزوم والصحة إلا أن يتفقا على الفسخ فكان الظاهر موافقاً لقول من ادعى الإمضاء دون الفسخ وليس كذلك من ادعى القبض لأن الأصل عدم القبض على أن أصح الوجهين هناك أن القول قول مدعي الفسخ إذا تصارفا مائة دينار بألف درهم فتقابضا من المائة خمسين ديناراً ثم افترقا وقد بقي خمسون ديناراً كان الصرف في الخمسين الباقية باطلاً.

ومذهب الشافعي جوازه في الخمسين المقبوضة قولاً واحداً لسلامة العقد وحدوث الفساد فيما بعد: وكان أبو إسحاق المروزي يخرج الصرف في الخمسين المقبوضة عل قولين من تفريق الصفقة. وليس هذا التخريج صحيحاً لأن القولين في العقد الواحد إذا جمع جائزاً وغير جائز في حال العقد.

وإذا صح الصرف في الخمسين المقبوضة فالمذهب أنها لازمة بنصف الثمن وهو خمسمائة درهم وليس للبائع ولا للمشتري خيار في الفسخ لأجل تفريق الصفقة لأن افتراقهما عن قبض البعض رضا منهما بإمضاء الصرف فيه وفسخه في باقيه. وكان بعض أصحابنا يخرج قولاً ثانياً أنها مقبوضة بجميع الثمن. وكلا التخريجين فاسد والتعليل في فسادهما واحد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالرِّبَا مِنْ وَجْهَيْنِ. أَحَدِهِمَا فِي النَّقْدِ بِالزِّيَادَةِ وَفِي الْوَزْنِ وَالْكَيْلِ وَالآخَرِ يَكُونُ فِي الدَّيْنِ بِزِيَادَةِ الأَجَلِ».

قال الماوردي: لأصحابنا في هذا الكلام تأويلان. **أحدهما**: أنه أراد الرد على من أثبت الربا في النساء وأباه في النقد وقال: والربا من وجهين:

أحدهما: النساء المتفق عليه. وهو بيع الدرهم بالدرهمين إلى أجل.

والثاني: ما كان مختلفاً فيه وهو بيع الدرهم بالدرهمين نقداً فجعل كلا الوجهين ربا وقد مضى الكلام فيه مع من استدل بحديث أسامة فهذا أحد التأويلين.

والتأويل الثاني: أنه أراد أن الجنس الواحد قد يدخله الربا من وجهين:

أحدهما: التفاضل سواء كان نقداً أو نساء فلا يجوز بيع درهم بدرهمين عاجلاً ولا آجلاً.

والثاني: الآجل سواء كان متفاضلاً أو متماثلاً فلا يجوز بيع الفضة بالفضة نساء متفاضلاً ولا متماثلاً. فأما الجنسان المختلفان فلا يدخلهما الربا إلا من وجه واحد وهو الأجل. فأما التفاضل أو التماثل فيجوز فيهما: فإذا باع الفضة بالذهب أو البر بالشعير نقداً جاز سواء كان متفاضلاً أو متماثلاً وإن باعه إلى أجل لم يجز. سواء كان متماثلاً أو متفاضلاً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنَّمَا حَرَّمْنَا غَيْرَ مَا سَمَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنَ الْمَأْكُولِ المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لأَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا سَمَّى».

قال الماوردي: أما المنصوص عليه في الربا فستة أشياء وردت السنة بها وأجمع المسلمون عليها وهي: الذهب، والفضة، والبر، والشعير، والتمر، والملح. واختلف الناس في ثبوت الربا فيما عداها. فحكي عن طاوس، وقتادة، ومسروق، والشعبي وعثمان البتي، وداود بن علي الظاهري.

ونفاة القياس بأسرهم أنه لا ربا فيما عدا الستة المنصوص عليها فلا يجوز التخطي عنها إلى ما سواها تمسكاً بالنص، ونفياً للقياس، واطراحاً للمعاني.

وذهب جمهور الفقهاء ومثبتوا القياس إلى أن الربا يتجاوز المنصوص عليه إلى ما كان في معناه. وهذه المسألة فرع على إثبات القياس والكلام فيها يلزم من وجهين: **أحدهما**: من جهة إثبات القياس، فإذا ثبت كونه حجة ثبت أن الربا يتجاوز ما ورد عليه النص من الأشياء الستة وهذا يأتي في موضعه من كتاب أدب القاضي إن شاء الله تعالى.

والثاني: من طريق الاستدلال الظاهر والدليل عليه من هذا الطريق ثلاثة أشياء:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾ [البقرة: ٢٧٥]. والربا اسم للزيادة والفضل من طريق اللغة والشرع.

أما اللغة فكقولهم قد ربا السويق إذا زاد، وقد أربى عليٌّ في الكلام إذا زاد في السب، وهذه ربوة من الأرض إذا زادت على ما جاورها.

وأما الشرع: فكقوله تعالى: ﴿**يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ**﴾ [البقرة: ٢٧٦]. أي يضاعفها ويزيد فيها وقوله: ﴿**فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ**﴾ [الحج: ٥]. أي زادت ونمت.

وإذا كان الربا ما ذكرنا اسماً للزيادة لغة وشرعاً دل عموم الآية على تحريم الفضل والزيادة إلا ما خص بدليل.

والدلالة الثانية: ما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ(١). وَالطَّعَامُ اسْمٌ لِكُلِّ مَطْعُومٍ مِنْ بُرٍّ وَغَيْرِهِ في اللغة والشرع. أما اللغة فكقولهم طعمت الشيء أطعمه وأطعمت فلاناً كذا إذا كان الشيء مطعوماً وإن لم يكن براً.

وأما الشرع فلقوله تعالى: ﴿كُلُّ الطَّعَامِ كَانَ حِلاً لِبَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ [آل عمران: ٩٣] يعني كل مطعوم فأطلق عليه اسم الطعام. وقوله: ﴿فَمَنْ شَرِبَ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنِّي وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي﴾ [البقرة: ٢٤٩] فسمى الماء مطعوماً لأنه مما يطعم.

وقالت عائشة: عِشْنَا دَهْراً وَمَا لَنَا طَعَامٌ إِلَّا الأَسْوَدَانِ التَّمْرُ وَالْمَاءُ(٢). وإذا كان اسم الطعام بما وصفنا من شواهد اللغة والشرع يتناول كل مطعوم من بر وغيره. كان نهيه عن بيع الطعام بالطعام محمولاً على عمومه في كل مطعوم إلا ما خص بدليل.

فإن قيل فهذا وإن كان عاماً فمخصوص ببيان النبي ﷺ الربا في الأجناس الستة.

قيل: بيان بعض ما يتناوله العموم لا يكون تخصيصاً لأنه لا ينافيه، وإن شذ بعض أصحابنا فجعله تخصيصاً.

والدلالة الثالثة: أن النبي ﷺ نص عَلَى البُرِّ وَهُوَ أعلى المطعومات، وعلى الملح وهو أدنى المطعومات فكان ذلك منه تنبيهاً على أن ما بينهما لاحق بأحدهما. لأنه ينص تارة على الأعلى لينبه به على الأدنى كما قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِقِنْطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾ فنبه به على الأدنى. وينص تارة على الأدنى لينبه على الأعلى كما قال: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾ فنبه به على الأعلى فإذا ورد النص على الأعلى والأدنى كان أوكد تنبيهاً على ما بينهما وأقوى شاهداً في لحوقه بأحدهما. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَمْ يَجُزْ أَنْ نَقِيسَ الْوَزْنَ عَلَى الْوَزْنِ مِنَ الذَّهَبِ وَالوَرِقِ لأَنَّهُمَا غَيْرُ مَأْكُولَيْنِ وَمُبَايِنَانِ لِمَا سِوَاهُمَا وَهَكَذَا قَالَ ابْنُ الْمُسَيَّبِ لَا رِبَاً إِلَّا فِي ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ أَوْ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِمَّا يُؤْكَلُ وَيُشْرَبُ (قَالَ) وَهَذَا صَحِيحٌ وَلَوْ قِسْنَا عَلَيْهِمَا الْوَزْنَ لَزِمَنَا أَنْ لَا نُسَلِّمَ دِينَاراً فِي مَوْزُونٍ مِنْ طَعَامٍ كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ نُسَلِّمَ دِينَاراً فِي مَوْزُونٍ مِنْ وَرِقٍ وَلَا أَعْلَمُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ اخْتِلَافاً أَنَّ الدِّينَارَ وَالدِّرْهَمَ يُسْلَمَانِ فِي كُلِّ شَيْءٍ وَلَا يُسْلَمُ أَحَدُهُمَا فِي الآخَرِ غَيْرَ أَنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ كَرِهَ أَنْ يُسَلِّمَ دِينَارٌ أَوْ دِرْهَمٌ فِي فُلُوسٍ وَهُوَ عِنْدَنَا جَائِزٌ لأَنَّهُ لَا زَكَاةَ فِيهَا وَلَا فِي تبرها وَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِثَمَنٍ لِلأَشْيَاءِ الْمُتْلَفَةِ وَإِنَّمَا أَنْظُرُ فِي التِّبْرِ إِلَى أَصْلِهِ وَالنُّحَاسِ مِمَّا لَا رِبَاً فِيهِ وَقَدْ أَجَازَ عَدَدٌ مِنْهُمْ إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ السَّلَفَ فِي الْفُلُوسِ

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١٢١٤ في المساقاة (١٥٩٢/٩٣) وأحمد في المسند ٦/٤٠٠ والبيهقي ٥/٢٨٣.

(٢) أخرجه مسلم ٤/٢٢٨٢ في الزهد حديث (٢٩٧٢/٢٦).

وَكَيْفَ يَكُونُ مَضْرُوبُ الذَّهَبِ دَنَانِيرَ وَمَضْرُوبُ الْوَرِقِ دَرَاهِمَ فِي مَعْنَى الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ غَيْرَ مَضْرُوبَيْنِ وَلاَ يَكُونُ مَضْرُوبُ النُّحَاسِ فُلُوساً فِي مَعْنَى النُّحَاسِ غَيْرَ مَضْرُوب».

قال الماوردي: إذا ثبت أن الربا يتجاوز المنصوص عليه لمعنى فيه، وعلته مستنبطة منه. فالعلة في الذهب والفضة غير العلة في البر والشعير والتمر والملح. فأما العلة في البر والشعير فقد اختلف أصحاب المعاني فيها على مذاهب شتى.

أحدهما: مذهب محمد بن سيرين أن علة الربا الجنس فأجرى الربا في جميع الأجناس ومنع التفاضل فيه حتى التراب بالتراب.

والمذهب الثاني: وهو مذهب الحسن البصري أن علة الربا المنفعة في الجنس فيجوز بيع ثوب قيمته دينار بثوبين قيمتهما دينار ومنع من بيع ثوب قيمته دينار بثوب قيمته ديناران.

والثالث وهو مذهب سعيد بن جبير أن علة الربا تقارب المنافع في الأجناس فمنع من التفاضل في الحنطة بالشعير لتقارب منافعهما، ومن التفاضل في الباقلاء بالحمص وفي الدخن بالذرة لأن المنفعة فيهما متقاربة.

والرابع: وهو مذهب ربيعة أن علة الربا جنس يجب فيه الزكاة فأثبت الربا في كل جنس وجبت فيه الزكاة من المواشي والزروع ونفاه عما لا تجب فيه الزكاة.

والخامس: وهو مذهب مالك أنه مقتات مدخر جنس فأثبت الربا فيما كان قوتاً مدخراً ونفاه عما لم يكن مقتاتاً كالفواكه وعما كان مقتاتاً ولم يكن مدخراً كاللحم.

والسادس: وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن علة الربا في البر أنه مكيل جنس فأثبت الربا في كل ما كان مكيلاً وإن لم يكن مأكولاً كالجص، والنورة، ونفاه عما كان غير مكيل ولا موزون وإن كان مأكولاً كالرمان والسفرجل.

والسابع: وهو مذهب سعيد بن المسيب وبه قال الشافعي في القديم أنه مأكول مكيل أو موزون جنس. ومن أصحابنا من عبر عن هذه العلة بأحصر من هذه العبارة فقال: مطعوم مقدر جنس. فعلى هذا القول ثبت الربا فيما كان مأكولاً أو مشروباً مكيلاً أو موزوناً وينتفي عما كان غير مكيل ولا موزون وإن كان مأكولاً أو مشروباً مكيلاً أو موزونا وعما كان غير مأكول ولا مشروب وإن كان مكيلاً أو موزوناً.

والثامن: وهو مذهب الشافعي في الجديد أن علة الربا أنه مأكول جنس ومن أصحابنا من قال مطعوم جنس وهذه العبارة أعم وهو قول من أثبت في الماء الربا فهذا جملة المذاهب المشهورة في علة الربا. وسنذكر حجة كل مذهب منها وندل على فساده.

فصل: أما المذهب الأول وهو قول محمد بن سيرين أن علة الربا الجنس فاحتج له بأن

النبي ﷺ ذكر أجناساً منع من التفاضل فيها ثم قال: «فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ».

فشرط في جواز التفاضل اختلاف الجنس فثبت أن علة الربا الجنس فلا يجوز أن يباع شيء بجنسه متفاضلاً أبداً.

والدليل على فساد هذا القول ما روى عبد الله بن عمرو أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَهَّزَ جَيْشاً فَنَفَدَتْ إِبْلُهُ فَأَمَرَنِي أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ»[1] فَلَما ابْتَاعَ ﷺ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ بَطَلَ أَنْ يَكُونَ الْجِنْسُ عِلَّةً لِوُجُودِ التَّفَاضُلِ فِيهِ وَأَذِنَ النَّبِيُّ ﷺ بِهِ. وقد فعلت الصحابة مثل فعله وروي عن علي رضي الله عنه أنه باع جملاً له بعشرين جملاً إلى أجل[2].

وعن ابن عمر أنه باع راحلة له بأربعة رواحل إلى أجل[3] ولم يظهر لهما مخالف فكان إجماعا. فأما قوله ﷺ: فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُم. فعطف على ما قدم ذكره من الأجناس الستة التي أثبت فيها الربا بالنص فجوز فيها التفاضل مع اختلاف الجنس فلم يدل ذلك على تحريم التفاضل مع اتفاق الجنس في غير ما ورد فيه النص.

فصل: وأما المذهب الثاني وهو قول الحسن البصري أن علة الربا المنفعة في الجنس فاحتج له بأن ثبوت الربا مقصود به تحريم التفاضل، وفضل القيمة يقع ظاهراً كفضل القدر فلما ثبت أن الربا يمنع من التفاضل في القدر وجب أن يمنع التفاضل في القيمة. والدليل على فساد هذا القول مع ما قدمناه من ابتياع النبي ﷺ بعيراً ببعيرين وفضل القيمة بينهما كفضل القدر، وأن مقصود البياعات طلب النفع والتماس الفضل فلم يجز أن يكون ما هو مقصود البياعات علة في تحريم البياعات. ولأن تحريم تفاضل القيمة في الجنس مع تساوي القدر يقتضي تحليل تساوي القيمة في الجنس مع تفاضل القدر وهذا محظور بالنص وفي هذا انفصال عما تعلق به من الاستدلال.

فصل: وأما المذهب الثالث وهو قول سعيد بن جبير أن علة الربا تقارب المنافع في الأجناس، فاحتج له بأن الجنسين إذا تقاربا في المنفعة تقاربا في الحكم والمتقاربان في الحكم مشتركان فيه.

والدليل على فساد هذا القول ورود النص بجواز التفاضل في البر بالشعير مع تقارب منافعهما وما دفعه النص كان مطرحاً.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/١٧١ وأبو داود ٣/٦٥٢ في البيوع حديث (٣٣٥٧) والحاكم ٢/٥٦.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥/٢٨٨ في البيوع ومالك في الموطأ ٢/٦٥٢ حديث (٥٩) وفيه انقطاع.

(٣) أخرجه البيهقي في المصدر السابق والشافعي في المسند ٢/١٦١ حديث (٥٥٦) ومالك في المصدر السابق (٦٠).

فصـل. فأمـا المذهب الـرابع وهـو قول ربيعـة إن علة الربـا جنس تجب فيه الـزكاة فاحتج بأن الربا تحريم التفاضل حثاً على المواساة بالتمـاثل، وأمـوال المواسـاة ما ثبت فيهـا الزكاة فاقتضى أن تكون هي الأموال التي ثبت فيها الربا.

والدليل على فساد هذا القول: ابْتِيَاعُ النَّبِيُّ ﷺ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ، وَالإبـل جنس تجب فيه الزكاة، وأثبت الربا في الملح وهو جنس لا تجب فيه الزكاة فثبت بهذين فساد مذهبه.

فصل: فأما المذهب الخامس وهو قول مالـك إن علة الربـا أنه مقتـات مدخـر جنس، فاحتـج له بأنه اعتلال يشابه الأصل بأوصاف وما كان أكثر شبهاً بالأصـل كان أولى. والـدليل على فساد هذا القول عدم هـذه الأوصاف في الأصـل لأن الملح ليس بقوت وقـد جاء النص بثبوت الربا فيه فبطل اعتبار القوت، والرطب فيه الربا وليس بمدخـر وقد وافق أن فيـه الربـا. فإن قال إن الرطب يؤول إلى حال الادخار في ثاني حال قيل. فـالرطب الـذي لا يصير تمـراً ليس يؤول إلى حال الادخار وفيه الربا على أن هذا لا يخرج الرطب من أن يكـون غير مـدخر في الحال وإن جاز أن يفضي إلى حـالة الادخـار كاللحم الـذي ليس بمدخـر في الحال وإن أمكن أن يدخر في ثاني حال فبطل اعتبار الادخار فصار كـلا الوصفين بـاطلاً. فـإن عدل عن هذا التعليل وعلل بما كان يعلل به المتقدمون من أصحابه أنه قوت أو ما يصلح به القوت قيل هذا القول أفسـد من الأول. لأنه إن أراد اجتمـاع ذلك في الأربعـة لم يصح لأن الملح ليس بقوت وليس التمر مما يصلح به القوت.

وإن أراد أن القـوت في الثلاثـة علة وما يصلح القـوت في الملح علة قيل: قـد فـرقت الأصل وعلته بعلتين مختلفتين وقد اتفقوا أنه معلل بعلة واحدة ولـو جاز تعليـل الأصل بعلتين لجاز إسلاف الملح في الثلاثة لاختـلافهما في العلة كمـا يجوز إسـلاف الذهب والفضـة في الأربعة لاختلاف العلة وقد جاءت السنـة وانعقد الاجمـاع على خلاف هـذا. ثم يقال لـه إن كنت تـريد بقـولك ومـا يصلح القوت جميـع الأقوات فـالتمر والـزبيب قـوتـان ولا يصلحـان بالملح، وإن أردت به بعض الأقوات فينبغي أن يثبت الربـا في النار والحـطب لأنه يصلح بـه بعض الأقوات وهذا دليل على فساد ما ذكره من التعليل. والله أعلم.

فصل: وأما المذهب السادس وهو قول أبي حنيفة أنه مكيل جنس. فالاحتجـاج له من طريقين:

أحدهما: إثبات الكيل علة.

والثاني: إبطال أن يكون الطعم علة.

فأما ما احتج به في إثبات أن الكيل علة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ وَلَا الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَكَذَلِكَ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ»(١) فنهى عن الكيل فاقتضى أن يكون علة الحكم.

ولأن التساوي في بيع البر بالبر مباح والتفاضل فيه محظور وليس يعلم التساوي المباح من التفاضل المحظور إلا بالكيل فوجب أن يكون الكيل علته للحكم لأنه به يمتاز المباح من المحظور، ولأن الجنس صفة والكيل مقدار والتعليل بكونه مكيلاً جنساً يجمع حالتي البر صفة وقدراً وهما المقصود في الربا فثبت أنها علة الربا. فهذه ثلاث دلائل احتج بها أبو حنيفة وأصحابه في إثبات أن الكيل علة.

فأما ما احتج به في إبطال أن يكون المطعوم علة فأمور منها:

أن الطعم في المطعومات مختلف، والكيل في المكيلات مؤتلف؛ لأن من الأشياء ما يؤكل قوتاً ومنه ما يؤكل إدماً، ومنه ما يؤكل تفكهاً، والكيل لا يختلف فكان أولى أن يكون علة من المطعوم الذي يختلف، ولأن المطعوم صفة آجلة لأن البر لا يطعم إلا بعد علاج وصنعة، والكيل صفة عاجلة لأنه يكال من غير علاج ولا صنعة، وإذا كان الحكم منه متعلقاً بإحدى الصفتين كان تعليقه بالصفة العاجلة أولى من تعليقه بالصفة الآجلة.

ولأن علة الربا في البر هي ما منعت من التفاضل وأوجبت التساوي وقد يوجد زيادة الطعم ولا ربا ولا يوجد زيادة الكيل إلا مع حصول الربا وبيانه:

لو باع صاعاً من طعام ثقيل له ربع بصاع من طعام خفيف ليس له ريع جاز وإن تفاضلا في الكيل فبطل أن يكون الطعم علة لوجود التفاضل فيه مع عدم الربا ووجود التساوي فيه مع حصول الربا، وثبت أن الكيل علة لأن التفاضل فيه مثبت للربا والتساوي فيه كاف للربا، فهذا أقوى ترجيحاتهم الثلاثة.

فصل: والدليل على فساد ما ذهب إليه من طريقين: **أحدهما**: إثبات أن المطعوم علة. **والثاني**: إبطال أن الكيل علة.

فأما الدليل على أن المطعوم علة: فما روى بشير بن سعد عن معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ. واسم الطعام يتناول كل مطعوم في اللغة والشرع بما بيناه من قبل فكان عموم هذا الخبر إشارة إلى أن علة الربا الطعم لأن الحكم إذا علق باسم مشتق من معنى كان ذلك المعنى علة لذلك الحكم كحد الزاني لأن اسمه مشتق من الزنا وقطع يد السارق لأن اسمه مشتق من السرقة.

---

(١) بنحوه مرسل وهو عند الدارقطني ٣/١٤.

ولأن علة الشيء في ثبوت حكمه ما كان مقصوداً من أوصافه، ومقصود البر هو الأكل فاقتضى أن يكون علة الحكم.

ولأن الأكل صفة لازمة لذات المعلول والكيل صفة زائدة عن المعلول والصفة اللازمة أولى أن تكون علة من الصفة الزائدة.

ولأن الأكل علة يوجد الحكم بوجودها ويعدم بعدمها، والكيل علة يوجد الحكم مع عدمها ويعدم الحكم مع وجودها، وهو أن الزرع إذا كان حشيشاً أو قصيلاً لا ربا فيه لعدم الأكل عندنا وعدم الكيل عندهم فإذا صار سنبلاً ثبت فيه الربا عندنا لأنه مأكول وثبت فيه الربا عندهم وهو غير مكيل. فإن قيل يصير مكيلاً. قيل: وكذلك إذا كان حشيشاً. فإذا صار السنبل خبزاً ثبت فيه الربا عندنا؛ لأنه مأكول وثبت فيه الربا عندهم وهو غير مكيل. فإن قيل يحصل فيه الربع لأنه موزون قيل: ما ثبت فيه الربا لا تختلف علته باختلاف أوصافه، فإذا صار الخبز رماداً فلا ربا فيه عندنا لأنه غير مأكول ولا ربا فيه عندهم وهو مكيل، فثبت أن علتنا يوجد الحكم بوجودها ويعدم بعدمها، وعلتهم يوجد الحكم مع عدمها في السنبل ويعدم الحكم مع وجودها في الرماد فثبت أن التعليل بالأكل أصح لهذه الدلائل الأربعة.

وأما الدليل على إبطال الكيل أن يكون علة فمن خمسة أوجه:

أحدهما: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَصَّ عَلَى أَرْبَعَةِ أَجْنَاسٍ كُلِّهَا مَكِيلَةٍ فلو كان ذلك تنبيها على الكيل لاكتفى بذكر أحدها.

فإن قيل فهذا يرجع عليكم في الأكل لأن الأربعة كلها مأكولة ولو أراد الأكل لاكتفى بذكر أحدها قيل: ليس يلزمنا هذا؛ لأن الكيل في الأربعة لا يختلف والأكل فيها مختلف فالبر يؤكل في حال الاختيار والشعير يؤكل في حال الاضطرار، والتمر يؤكل حلواً والملح استطابة فلم يقتنع بذكر إحدى المأكولات لتفرده بإحدى الصفات.

والوجه الثاني: أن الكيل قد يختلف في المكيلان على اختلاف البلدان وتقلب الأزمان فالتمر يكال بالحجاز ويوزن بالبصرة والعراق، والبر يكال تارة في زمان ويوزن أخرى، والفواكه قد تعد في زمان وتوزن في زمان، فلم يجز أن يكون الكيل علة لأنها تقتضي أن يكون الجنس الواحد فيه الربا في بعض البلدان ولا ربا فيه في بعضها، وفي بعض الأزمان ولا ربا في غيرها، وعلة الحكم يجب أن تكون لازمة في البلدان وسائر الأزمان وهذا موجود في الأكل.

والوجه الثالث: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْكَيْلَ عَلَماً عَلَى الإِبَاحَةِ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْبُرِّ بِالْبُرِّ إِلَّا كَيْلاً بِكَيْلٍ فلم يجز أن يجعل الكيل علماً على الحظر. ألا تراه لما جعل القبض قبل الافتراق علماً على الإباحة لم يجز أن يجعل علة في الحظر.

وتحريره قياساً أن ما سلم به من تحريم الربا لم يجز أن يكـون علة للربا كـالقبض قبل الافتراق[١].

فإن قيل: علة الحظر هي زيادة الكيل قيل: هـذا قول بعض المتـأخرين من أصحـاب أبي حنيفة على أنه لما لم يجز أن يكون الكيل علة في الحظر لأنه علم على الإباحة، لم يجز أن يكون الكيل صفة في الحظر، لأنه علم على الإباحة أيضاً.

والوجه الرابع: أن الكيل موضوع لمعرفة مقادير الأشياء فلم يجـز أن تكون علة الـربا كالزرع والعدد.

والوجه الخامس: أن من جعل الكيل علة أخرج من المنصوص عليه مـا لا يمكن كيله لقلته، فجوز بيع تمرة بتمرتين وكف طعام بكفين. وكل علة أوجبت النقصان من حكم النص لم يجز استعمالها فيما عداه لأمرين:

أحدهما: أن المعنى معقول الاسم فلم يجز أن يكون ما عقل عن الاسم رافعاً لموجب الاسم.

والثاني: أن استعمالها فيما عـدا المذكـور يوجب زيـادة حكم، ومحال أن تكـون علة واحدة توجب نقصان الحكم من المذكور والزيادة عليه لتضاد الموجبين. لأن أحدهما إسقاط حكم ونفيه، والآخر إيجاب حكم وإثباته.

فإن قيل ما لا يمكن كيله غير مـراد بالنص لأنـه ﷺ قال: لَا تَبِيعُـوا الْبُرَّ بِـالْبُرِّ إِلَّا كَيْـلًا بِكَيْلٍ. فلما كان الاستثناء مكيلاً وجب أن يكون المستثنى منه مكيلاً لأن حكم المستثنى منـه يجب أن يكون كحكم الاستثناء فصار تقدير ذلك، لا تبيعوا البر المكيل بالبر المكيل إلا كيلاً بكيـل، فعلم أن ما ليس بمكيـل ولا يمكن كيله غير مـراد بالنص. فـالجواب عنـه من ثلاثـة أوجه:

أحدها: أن الاستثناء يجب أن يكون بعض المستثنى منه ولا يكون كـل المستثنى منه. ألا ترى أنه لو قال: جاءني الناس إلا بني تميم لم يقتض أن يكون كل النـاس بني تميم فكذا إذا كان الاستثناء كيلاً لم يجز أن يكون كل المستثنى منه مكيلاً.

والجواب الثاني: أن قوله ﷺ لَا تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ عام في الحظر، وقـوله إلا كيـلاً بكيل خـاص في الإباحـة، وعلة الربـا مستنبطة من الحـظر لا من الإباحـة، فاقتضى أن يكـون مـا أوجبته من حكم الحظر عاماً في القليل والكثير.

والجواب الثالث: أن قليل التمر والبر موصوف بأنه مكيل؛ لأن له حظاً في المكيال ألا ترى أنه لو احتاج وفاء المكيال إلى تمرة فتم بها تم الكيل وحل البيـع. فلولا أن التمرة مكيلة

---

(١) سقط في أ.

ما تم المكيال بها وهم أولى الناس بهذا القول. لأنهم يقولون إن القدح العاشر بانفراده هو المسكر. فكذلك التمرة الواحدة بانفرادها هي التي تم المكيال بها.

فإن قيل فيختص عموم الظاهر بالقياس فنقول: لأنه مما لا يكال ولا يوزن فوجب ألا يثبت فيه الربا كالثياب. قلنا:

نحن نعارضكم بقياس مثله فنقول. ما ثبت الربا في كثيره ثبت في قليله كالذهب والورق. ثم نقول: قياسكم لا يجوز أن يخص به الظاهر لأن أصله مستنبط منه والظاهر لا يجوز أن يكون مخصوصاً بعلة مستنبطة منه.

فصل: فأما الجواب عن استدلالهم بقوله ﷺ: لَا تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ وَكَذَلِكَ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ فهو أنها زيادة مجهولة لم ترد من طريق صحيح، وعلى أنها زيادة متأولة إذا كان ما يكال ويوزن مأكولاً أو مشروباً بدليل نهيه عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما أبيح من التساوي لا يعلم إلا بالكيل فوجب أن يكون الكيل علة الحكم. فهو أن الكيل علم الإباحة وعلة الربا مستنبطة من الحظر فلم يجز أن يكون الكيل علة الحكم.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن تعليلهم بكونه مكيلاً جنساً يجمع حالتي البر صفة وقدراً فهو إن جاز أن يكون هذا دليلاً لأنه يجمع حالتي البر صفة وقدراً قابلناكم بمثله فقلنا: تعليلنا بكونه مطعوماً جنساً يجمع حالتي البر صفة وجنساً. ثم يكون هذا الاستدلال أولى لأن الطعم ألزم صفة من الكيل فاقتضى أن يكون بالحكم أخص. ولا يصح قولهم بأن الجنس صفة لأن الصفة ما اختصت بالموصوف، والجنس اسم مشترك يتناول كل ذي جنس فلم يصح أن يكون صفة.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الكيل متفق في المكيلات والأكل مختلف في المأكولات فكان التعليل بالمتفق أولى من التعليل بالمختلف .

فهو أن الأكل متفق وإنما صفة الأكل تختلف، كما أن الكيل وإن كان متفقاً وصفته قد تختلف فبعضه قد يكال بالصاع، وبعضه بالمد، وبعضه بالقفير، وبعضه بالمكُّوك ثم يقال: الكيل يختلف باختلاف البلدان والأكل لا يختلف فكان الأكل لاتفاق البلدان أولى أن يكون علة من الكيل المختلف باختلاف البلدان.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الطعم صفة آجلة والكيل صفة عاجلة فهو أن هذا القول فاسد لأن البر موصوف بهذه الصفة وإن كان يوجد بعد علاج وصنعة كما يوصف بأنه مشبع وإن كان لا يوجد إلا بعد استهلاكه بالأكل، كما يوصف الماء بأنه مروي وإن كانت

صفته توجد بعد الشرب، ثم لو قيل إن الأكل أعجل صفة من الكيـل لكان أولى، لأن الأكـل ممكن مع فقد الآلة والكيل متعذر إلا بوجود الآلة.

وأما الجواب بأن زيادة الطعم قد توجد مـع تساوي الكيـل ولا تحريم ولا تـوجد زيـادة الكيل مع تساوي الطعم إلا مع وجود التحـريم فهو أن يقـال: إنما يلزم هـذا إذا وقع التسليم بأن التساوي يعتبر بالوزن تاما، ونحن نقول إن التساوي يعتبر بالكيل.

فلا يلزم أن الطعم متســاو فيهما وإن تفـاضلا في الـوزن. كما لـو تساويـا في الوزن وتفاضلا في الكيل كانا متفاضلين وإن تسـاويا في الـوزن على أنه لا يستمـر على مذهبهم أن علة الربا زيادة الكيل، لأنهما لو تبايعا صبرة طعام بصبرة طعام كـان باطـلاً للجهل بـالتساوي وإن لم يعلم زيادة الكيل فلما كان الجهل بالتسـاوي كالعلم بـالتفاضـل بطل أن يكـون زيادة الكيل علة.

فصل: فأما المذهب السابع وهو قول سعيد بن المسيب، والشافعي في القديم أن علة الربا مـأكول مكيـل أو موزون جنس احتجـاجاً بـأن المنصوص عليـه يختص بصفتين: الأكل والكيـل، وليست إحدى الصفتين أولى فـاقتضى أن يكونـا معاً علة الحكم، ولأن الـربا إنمـا جعل في الأشياء التي يمكن استباحة بيع بعضها ببعض بكيل أو وزن فكان الكيل والوزن علة الحكم.

وهذا غير صحيح؛ لأننـا قد أبطلنـا فيما مضى أن يكـون الكيل علة وسنبـطل أن يكون الوزن علة، وإذا لم يجز أن يكونا علة لم يجز أن يكونا وصفاً في العلة فثبت أن الأكـل وحده علة.

فصل: فإذا ثبت هذا فما عدا الذهب والفضة تنقسم ثلاثة أقسام:

قسم فيه الربا على القولين معا، وهو ما أكل أو شرب مما كيل أو وزن.

وقسم لا ربا فيه على القولين معاً وهو ما ليس بمأكول ولا مشـروب كالثيـاب والحيوان والصفر والنحاس.

وقسم اختلف قـوله فيـه وهـو مـا أكـل أو شـرب ممـا لا يكـال ولا يـوزن كـالـرمـان، والسفرجل، والبقول والخضر، فعلى قوله في القديم لا ربا فيـه، لأنه علل مـا فيه الـربا بـأنه مأكول أو مشـروب مكيل أو مـوزون. وعل قـوله في الجـديد فيـه الربـا لأنه مـطعوم جنس. واختلف أصحابنا هل يثبت فيه الربا على قوله في الجديد بعلة الأصل أو بعلة الأشباه.

فمن متقدمي أصحابنا من قال إنما جعل فيه الشافعي الربا على قـوله في الجـديد بعلة الأشباه لأنه قال: وإنما حرمنا غير ما سمى رسول الله ﷺ من المأكول المكيل والموزون لأنه في معنى ما سمى. فجعل في المكيـل و الموزون الـربا بعلة الأصـل ثم قال بعـد هذا: ومـا

خرج من الكيل والوزن من المأكول والمشروب فقياسه على ما يؤكل ويكـال أولى من قياسه على ما لا يكال ولا يؤكل، فجعل ملحقاً بالأصل من حيث الشبه

وقال آخرون من أصحابنا: بل فيه الـربا على الجـديد بعلة الأصـل لا من حيث الشبه وإنما قال الشافعي ما احتج به الأولون ترجيحاً للعلة. والله تعالى أعلم.

فصل: فأما علة الربـا في الذهب والفضـة فمذهب الشـافعي أنها جنس الأثمـان غالبـاً وقال بعض أصحابنا قيم المتلفات غالباً. ومن أصحابنا من جمعهما وكل ذلـك قريب. وقـال أبو حنيفة: العلة فيهما أنه موزون جنس فجعل علة الذهب والفضة الوزن كما جعـل علة البر والشعير الكيل، ودلائله في المسألتين مشتركة ثم خص الاحتجاج في هذه المسألـة بترجيح علته وإفساد علتنا. واحتج لذلك بثلاثة أشياء: **احدهما**: أن ثبوت الـربا في الـذهب والفضة مستفاد بالنص ولا فائدة في استنباط علة يستفاد منها حكم أصلها حتى لا يتعدى إلى غيرهـا. والتعليل بالوزن متعدٍ وبالأثمان غير متعد.

والثـاني: أنه لـو جاز تعليـل الذهب والفضـة بكونهمـا ثمناً وذلـك غيـر متعـد. لجـاز تعليلهما بكونهما فضة وذهباً، فلما لم يجز أن يعلل الذهب بكونه ذهباً ولا فضة بكونهما فضة لعدم التعدي لم يجز أن يعللا بكونهما ثمناً لعدم التعدي. .

والثالث: أن التعليل بالأثمان منتقض في الـطرد والعكس فنقض طرده بـالفلوس، هي أثمـان في بعض البلدان ولا ربا فيهـا عندكم. ونقضـه عكسا بـأواني الذهب والفضـة ليست أثماناً وفيها الربا، والتعليل بالوزن مستمر لا يعارضه نقض في طرد ولا عكس. .

والدليل على صحة علتنا وفساد علته مع ما قدمنا من الدليل من قبله ثلاثة أشياء:

أحـدها: أن التعليـل بالـوزن يثبت الربـا في المـوزون من الصفـر والنحـاس والقـطن والكتان، ولو ثبت فيـه الربـا بعلة الوزن كمـا ثبت في الذهب والفضـة بهذه العلة لـوجب أن يستوي حكم معمولـه ومكسوره في تحـريم التفاضـل فيه كمـا استوى حكم معمـول الذهب والفضة ومكسوره في تحريم التفاضل فيه. فلما جوزوا التفاضل في معمول الصفر والنحـاس دون مكسوره وتبره حتى أباحوا بيع طشت بطشتين وسيف بسيفين ولـم يجـوزوا التفاضـل في معمول الفضة والذهب، ومنعوا من بيع خاتم بخاتمين وسوار بسوارين دل على افتراقهمـا في العلة واختلافهما في الحكم ولو اتفقا في العلة لاستويا في الحكم فبطل أن يكون الوزن علة الحكم. .

والثاني: أنه لو كان الـوزن في الذهب والفضـة علة يثبت بها الـربا في مـوزون الصفر والنحاس لوجب أن يمنع من إسلام الـذهب والفضة في الصفـر والنحاس لاتفـاقهما في علة الربا كما منع من إسلام الفضة في الذهب لاتفاقهما في علة الربا. .

فلما جاز إسلام الذهب والفضة من الصفر والنحاس ولم يجز إسلام الفضة في الذهب دل على افتراق للحكم بين الفضة والذهب وبين الصفر والنحاس في علة الربا فبطل أن يكون الوزن علة الربا.

وهذان الدليلان احتج بهما الشافعي رحمه الله في إبطال الوزن أن يكون علة الربا.

والثالث: أن الأصول مقررة على أن الحكم إذا علق على الذهب والفضة اختص بهما ولم يقس غيرهما عليهما. ألا ترى أن الزكاة لما تعلقت بهما لم يتعد إلى غيرهما من صفر أو نحاس أو شيء من الموزونات ولما حرم الشرب في أواني الفضة والذهب اختص النهي بهما دون سائر الأواني من غيرهما. كذلك وجب أن يكون الربا المعلق عليهما مختصاً بهما وأن العلة فيهما غير متعدية إلى غيرهما.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لا فائدة في استنباط علة ثبت حكمها بالنص من غير تعد فهو أن يقال: ليس يخلو هذا القول من أحد أمرين إما أن يكون إبطالاً لغير المتعدية، أو يكون علة لعدم الفائدة وهو الظاهر من الاستدلال، أو يكون إثباتاً لها علة وجعل غيرها إذا تعدت أولى منها. فإن كان هذا إبطالا لغير المتعدية أن تكون علة خالفناكم لأن غير المتعدية قد تكون عندنا علة فإن دعوا إلى الكلام فيها انتقلنا عن المسألة، ثم نقول: العلل أعلام نصبها الله تعالى للأحكام فربما أراد ببعضها التعدي فجعلها علماً عليه وربما أراد ببعضها الوقوف على حكم النص فجعلها علماً عليه. كما أنه جعل المتعدية تارة عامة وتارة خاصة. كذلك جعلها تارة واقفة وتارة متعدية. فإن قيل: فالواقفة غير متعدية فيجعل الحكم معلقاً بالنص دون المعنى كأعداد الركعات لما لم تكن متعدية المعنى لم يستنبط لها معنى لعدم الفائدة.

فالجواب أن الواقفة مفيدة والذي يستفاد بها أمران: أحدهما: العلم بأن حكمها مقصور عليها وأنها لا تتعدى إلى غيرها وهذه فائدة.

والثاني: أنه ربما حدث ما يشاركه في المعنى فيتعدى حكمه إليه. فأما أعداد الركعات فغير معقول المعنى فلذلك لم يمكن استنباط علة منها. فهذا الكلام عليهم إن أبطلوا العلة الواقفة.

وإن أثبتوها وجعلوا المتعدية أولى منها كان هذا مسلماً ما لم تبطل المتعدية بنقض أو معارضة وقد أبطلنا تعليلهم بالوزن من وجهين ذكرهما الشافعي ولولاهما لكان التعليل بالوزن أولى.

وأما الجواب عن قولهم بأن الاسم لما لم يكن علة لعدم تعديه. فهو أن هذا رجوع إلى الكلام في إبطال العلة الواقفة وقد مضى على أن الاسم لم يجز أن يكون علة لأنه مستفاد قبل الاستنباط لا لما ذكره من عدم التعدي.

والعلة الواقفة مستفادة بعد الاستنباط فجاز أن يكون علية مع عدم التعدي.

وأما الجواب عما ذكروه من نقض علتنا في الطرد بالفلوس وفي العكس بالأواني فهو أن علتنا سليمة من النقض في الطرد والعكس لأنها جنس الأثمان غالباً، والفلوس وإن كانت ثمناً في بعض البلاد فنادر فسلم الطرد، وأما العكس فلا ينتقض أيضا بالأواني لأننا قلنا جنس الأثمان والأواني من جنس الأثمان وإن لم تكن أثماناً فسلمت العلة من النقص في الطرد والعكس. وإذ قد انتهى الكلام بنا إلى هذا فسنذكر فصلاً من العلل وما يتعلق عليها ويصح بها القياس الذي يتضمنها والله أعلم.

فصل: اعلم أن القياس قياسان، قياس طرد وقياس عكس. فأما قياس الطرد: فهو إثبات حكم الأصل في الفرع لاجتماعهما في علة الحكم. وهذا أقوى القياسين حكماً، وليس يختلف أهل القياس في القول به.

وأما قياس العكس: فهو إثبات حكم نقيض حكم الأصل في الفرع باعتبار علته.

وهذا قد أثبته أكثر الفقهاء قياساً وإن خالفهم أكثر المتكلمين.

وقياس الطرد، لا يخلو من أربعة أشياء: من أصل، وفرع، وعلة، وحكم.

فأما الأصل فهو الذي يتعدى حكمه إلى غيره، وأما الفرع فهو الذي يتعدى إليه حكم غيره، وأما العلة فهي التي لأجلها ثبت الحكم. وقيل الصفة الحالية للحكم، وأما الحكم فهو المنقسم إلى:

الإباحة، والحظر، والوجوب، والندب، والكراهة، والاستحباب فالبر في الربا أصل، والأرز فرع، والأكل علة، والربا حكم.

ثم العلة والحكم لا بد من وجودهما في الأصل والفرع معاً غير أن العلم بوجودهما في الأصل أسبق من العلم بوجودهما في الفرع، والعلم بالحكم المعلق بالأصل أسبق من العلم بعلة الحكم في الأصل، لأن العلة تعلم بعد الاستنباط لها والحكم متقدم على الاستنباط. والعلم بالعلة في الفرع أسبق من العلم بحكم الفرع بخلاف الأصل. لأن بوجود العلة في الفرع يعلم حكم الفرع، وبوجود الحكم في الأصل يعرف علة الأصل. ثم لا يخلو حال الحكم في الأصل من أن يكون مستفاداً من ثلاثة أوجه: من نص أو إجماع أو قياس على أصل آخر. فإن كان الحكم مستفاداً من نص أو إجماع، كان المنصوص عليه أصلا بذاته فيجب حينئذ استنباط علته وتعليق حكمه على فروعه.

وإن كان الحكم مستفاداً من قياس على أصل آخر فلا يخلو حاله من أحد أمرين:

إما أن يكون الحكم قد ثبت في ذلك الأصل بمثل العلة التي يثبت بها الحكم في هذا

الفرع أو يكون الحكم قد ثبت فيها بعلة أخرى. فإن كان قد ثبت الحكم في الأصل بمثل العلة المستنبطة منه لم يثبت الحكم في هذا الفرع.

مثاله: أن تقيس الذرة على الأرز بعلة الأكل، والأرز قد ثبت فيه الربا فهذه العلة قياساً على البر. فإن كان هكذا لم يجز جعل هذا أصلا وكان هذا الأصل مع ما ألحق به فرعين على الأصل الأول.

فجعل الذرة والأرز فرعين على البر المنصوص عليه لوجود علة البر فيهما على سواء، وليس جعل الأرز المقيس على البر أصلا للذرة بأولى من جعل الذرة أصلا للأرز لاستوائهما فرعاً للآخر. وإن كان الحكم قد ثبت في ذلك الأصل بعلة ورد الفرع إليه بعلة أخرى مستنبطة منه غير تلك العلة فقد اختلف أصحابنا في جواز ذلك.

فقالت طائفة لا يجوز ومنعوا منه، لأن الفرع إنما يرد إلى الأصل إذا شاركه في علة حكمه، وعلة هذا الأصل التي ثبت بها حكمه هي علة أخرى لا توجد في الفرع الثاني وهذا مذهب من منع من القول بالعلتين.

وقالت طائفة أخرى بجواز ذلك لأن العلة التي ثبت بها الحكم في الأصل هي كالنص في أنها طريق الحكم وليس يمتنع أن يعلم بالدليل أن لعلة أخرى تأثيراً في ذلك الحكم فيرد بها بعض الفروع إليه، وهذا مذهب من أجاز القول بالعلتين.

فصل: فإذا ثبت حكم الأصل من أحد هذه الوجوه الثلاثة وجب على القياس اعتبار علة الحكم في الأصل لتحريها في الفرع. وقد يعلم علة الأصل من أحد ثلاثة أوجه أيضاً.

أحدها: النص الصريح.

والثاني: التنبيه.

والثالث: الاستنباط.

وأما النص الصريح فنحو قوله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾ [النور ٣١]. ونحو قوله ﷺ: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ لأَجْلِ الدَّافِةِ». فنص على العلة كما نص على الحكم. وأما التنبيه فمثل ما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ امْتَنَعَ مِنَ الدُّخُولِ عَلَى قَوْمٍ عِنْدَهُمْ كَلْبٌ وَدَخَلَ عَلَى آخَرِينَ وَعِنْدَهُمْ هِرَّةٌ، وَقَالَ: إِنَّهَا لَيْسَتْ بِنَجَسٍ إِنَّهَا مِنَ الطَّوَّافِينَ عَلَيْكُمْ وَالطَّوَّافَاتِ.

فنبه بذلك على نجاسة الكلب لأنه ليس من الطوافين والطوافات. وفي معنى التنبيه الجواب بالفاء نحو قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة ٣٨]. فنبه بذلك على أن علة القطع السرقة.

وأما الاستنباط فهو ما ورد النص بإطلاق حكمه من غير إشارة إلى علته ووكل العلماء إلى اجتهادهم في استنباط علته كالستة الأشياء التي نص رسول الله ﷺ على ثبوت الربا فيها. فاجتهد الفقهاء في استنباط معناها.

وهذا النوع إنما يمكن استنباط علتة بعد العلم بالدليل على صحة العلة ليعلم به العلة الصحيحة التي يجوز تعليق الحكم بها من العلة الفاسدة التي لا يجوز تعليق الحكم بها.

وقد اختلف أصحابنا في الشروط الدالة على صحة العلة. فقال بعضهم هي أربع: وجود الحكم بوجودها، وارتفاعه بارتفاعها، وسلامتها على الأصول، وعدم ما يعارضها مما هو أولى منها فجعل الطرد والعكس شرطين من شروط صحتها. وقال آخرون هي ثلاثة شروط: وجود الحكم بوجودها، وسلامتها على الأصول وعدم ما يعارضها مما هو أولى منها. فجعل هذا القائل الطرد شرطاً ولم يجعل العكس شرطاً. وقد اختار هذا القول ابن أبي هريرة وزعم أن العلل الشرعية لا يستمر في جميعها الطرد والعكس، وإنما يستمر في العلل العقليات.

وقال الأولون: بل هذا الشرط مستمر في الشرعيات أيضا مالم يخلف تلك العلة علة أخرى توجب مثل حكمها. وهذا أصح المذهبين عندي لأن العلة إذا كانت موجبة بحكم واقتضت أن يكون الحكم بوجودها موجوداً لزم أن يكون الحكم بعدمها وما ليقع الفرق بين وجودها وعدمها. والله أعلم.

فصل: فأما فساد العلة فقد يكون من أحد ثمانية أوجه. بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه.

فأحدها: التعليل بالاسم وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون اسماًمشتقاً من فعل كعاقد وقاتل ووارث فيجوز أن يكون علة.

والثاني: أن يكون اسم لقب فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعلل تحريم الخمر، لأن العرب سمته خمراً. فهذا تعليل فاسد، لأنه يبعد أن يكون لتسمية العرب مع تقدمه على الشرع تأثيراً في تحريم الخمر.

والثاني: أن يعلل تحريمه بجنسه ويعبر عن الجنس باسمه فيعلل تحريمه بكونه خمرا فهذا جائز. لأنه لما جاز التعليل بالصفة جاز التعليل بالجنس فيجوز أن تقول في نجاسة بول ما يؤكل لحمه، لأنه بول فوجب أن يكون نجساً قياساً على بول الآدمي.

والوجه الثاني: اختلاف الموضوع. وهو أن يكون أحد الحكمين مبنياً على التخفيف، والحكم الآخر مبنياً على التغليظ فيجمع بينهما بعلة توجب حكماً آخر. فقد اختلف أصحابنا هل يكون اختلاف موضوعهما مانعا من صحة الجمع بينهما؛ فقال بعضهم: يكون هذا

مفسداً للعلة مانعاً من صحة الجمع لأن الجمع بينهما يوجب تساوي حكمهما، واختلاف موضوعهما يوجب التفريق بينهما.

وقال آخرون: لا يمنع ذلك من صحة الجمع ولا يوجب فساد العلة لأنه يجوز أن يكون الفرع مساوياً لأصله في حكم وإن خالفه في غيره لأن أحكامهما من كل وجه متعذر.

والوجه الثالث من وجوه الفساد عدم التأثير. وهو أن يضم المعلل إلى أوصاف علته وصفاً لو عدمته العلة في الأصل لم يعدم الحكم. ففسد بذلك أن يكون مجموع تلك الأوصاف علة ووجب إسقاط الوصف الذي لا يؤثر علته في الأصل.

لأنه لو جاز أن يجعل من أوصاف العلة ما لا يضر فقده في الحكم إثبات ما لا نهاية له من الأوصاف.

والوجه الرابع: الكسر. وهو أن يكون الوصف المزيد في علة الأصل احترازاً من انتقاضها بفرع من الفروع فلا يجوز ضم هذا الوصف إليها وتصير العلة منتقضة على قول جمهور أصحابنا، لأن علة الأصل يجب أن يتقدم العلم بصحتها ثم يجري في فروعها. فإن لم يؤثر وصف منها في فساد العلة وهذا الوجه مؤلف من عدم التأثير والنقض.

والوجه الخامس: القلب. وهو أن يعلق بعلة الأصل نقيض حكمها مثاله: أن يعلل الحنفي وجوب الصيام في الاعتكاف بأنه لبث في مكان مخصوص فوجب أن يكون من شرطه اقتران معنى آخر إليه.

أصله الوقوف بعرفة: فنقلب هذا القياس عليه ونقول لأنه لبث في مكان مخصوص فوجب ألا يكون من شرطه الصوم كالوقوف بعرفة فيكون هذا فساداً للعلة. ولك في هذا المثال أن تمنع العلة **بوجه سادس** وهو القول بموجب العلة وهو أن تقول أنا أضم إليه معنى آخر وهو النية فيكون هذا قولاً بموجب العلة. وهذا إنما يختص بالحكم إذا كان مجملاً ويصير النزاع في الحكم مانعاً من العلة أن تكون موجهة لما ادعاه من الحكم.

والوجه السابع: النقض ويكون بحسب العلة.

والعلل ضربان. علة نوع، وعلة جنس. فأما علة النوع فمثل تعليل البر لثبوت الربا فيه بأنه مطعوم. وأما علة الجنس فمثل تعليل جنس الربا بأنه مطعوم.

فإن كان التعليل لنوع. كان نقض العلة فيه بوجود العلة مع ارتفاع الحكم فإذا وجد مطعوم ليس فيه ربا كان نقضاً.

ولا ينتقض بوجود الربا فيما ليس بمعلوم من الذهب والورق. وإن كان التعليل للجنس كتعليل جنس الربا بأنه مطعوم انتقضت هذه العلة من وجهين:

أحدهما: وجود العلة مع ارتفاع الحكم حتى إن كان مطعوماً لا ربا فيه كان نقضاً.

والثاني: وجود الحكم مع ارتفاع العلة حتى إذا ثبت الربا فيما ليس بمطعوم من الذهب والورق كان نقضا، ومتى كان الحكم جملة لم ينتقض بالتفصيل ومتى كان مفصلاً انتقض بالجملة والتفصيل.

وقد يحترز من النقض إذا كان بوجود العلة وارتفاع الحكم بأحد وجهين:

إما احتراز بحكم ثبت في الأصل، وإما احتراز بشرط مقيد بالحكم فإن كان الاحتراز بحكم ثبت في الأصل مثاله: تعليل الحنفي قتل المسلم بالذمي بأنهما حران مكلفان محقونا الدم كالمسلمين. فإذا نوقض بقتل الخطأ وعدم القود فيه قال:

قد احترزت من هذا النقض بالرد إلى المسلمين، فإن القود بينهما يجري في العمد دون الخطأ فكذا في الفرع.

وهذا الجواب ليس بصحيح والنقض لازم لأن العلة هي المنطوق بها والحكم ما صرح به، والنقض يتوجه إلى المظهر دون المضمر.

وإن كان الاحتراز بشرط فقيد بالحكم.

فمثاله: إذا علل الحنفي قتل المسلم بالذمي بأنهما حران مكلفان محقونا الدم، أن يقول: فوجب أن يثبت القصاص في العمد.

فقد اختلف أصحابنا. هل يكون هذا الاحتراز مانعا من النقض؟

فقال بعضهم: لا يمنع هذا الاحتراز من النقض ويكون هذا اعترافاً ينقض العلة، لأن العلة ما استقلت بالذكر وكانت هي المؤثرة في الحكم وهذه العلة لا تؤثر إلا بشرط يقترن بالحكم.

وقال آخرون بل هذا الاحتراز مانع من النقض والعلة صحيحة لأن الشرط المذكور في الحكم وإن كان متأخراً في اللفظ فهو متقدم في المعنى.

والوجه الثامن: المعارضة. وقد تكون من وجهين:

أحدهما: بالنص.

والثاني: بعلة فأما معارضة العلة بالنص فينظر حال النص، فإن كان غير مجمل كانت العلة التي عارضته فاسدة. لأن النص أصل مقدم والقياس فرع مؤخر.

وإن كان النص مجملا جاز تخصيصه بالقياس إن كان جلياً، وفي جواز تخصيصه بالقياس إن كان خفياً.

وجهان.

وأما معارضة العلة بعلة فضربان:

أحدهما: المعارضة في علة الأصل.

والثاني: المعارضة بقياس آخر مع تسليم علة الأصل، فإن كانت المعارضة في علة الأصل نظر في المعلل فإن كان ممن لا يقول بالعلتين لم تسلم له العلة إلا أن يدل على صحتها أو على فسادها ما عارضها مثل تعليل الحنفي البر بأنه مكيل فيعارض الشافعي في علة البر بأنه مطعوم فلا نسلم التعليل بالكيل إلا أن يدل على صحته وفساد ما عارضه.

وإن كان المعلل ممن يقول بالعلتين نظر في الحكمين فإن كانا متنافيين لم تسلم العلة بالمعارضة إلا بالدليل على صحتها أو فساد ما عارضها. وإن لم يتناف الحكمان فقد قيل لا تمنع المعارضة من صحة العلة وللمعلل أن يقول: أقول بالعلتين معا.

وقيل. بل هذه المعارضة مانعة من صحة العلة حتى يدل على أن علته هي التي أوجبت الحكم الذي أدعاه ثم يصح حينئذ قوله بالعلتين.

وأما معارضة القياس بقياس آخر فمانع من صحة القياس أيضا سواء قال المعلل بالعلتين أو لم يقل. لأنه ليس رد الفرع إلى أحد الأصلين بأولى من رده إلى الأصل الآخر إلا أن يترجح أحد القياسين على الآخر بأحد ثلاثة أوجه.

إما بما يرجع إلى أصله وإما بما يرجع إلى حكمه وإما بما يرجع إلى علته فيكون القياس المترجح بأحد هذه الوجوه أولى.

فصل: وإذا ثبت أن صحة العلة وفسادها يعتبر بما وصفنا فينبغي للمعلل إذا أراد أن يستنبط علة الأصل المنصوص على حكمه أن يعتبر أوصاف الأصل وصفاً بعد وصف فإن كان الوصف الذي بدأ باعتباره مطرداً على الشروط المعتبرة علم أنه العلم الذي جعله الله تعالى علة الحكم.

وإن لم يطرد واعترضه أحد وجوه الفساد انتقل إلى وصف ثان فإن وجده مطرداً علم أنه علة الأصل، وإن لم يطرد انتقل إلى وصف ثالث فاعتبره كذلك حتى يأتي على جميع الأوصاف فإذا سلم له أحدها جعله علة الحكم.

فلو سلم له وصفان وصح تعليق الحكم على كل واحد منهما لاطراده على الأصول، لم يجز تعليق الحكم بهما لكن يقع الترجيح بينهما فإذا ترجح أحد الوصفين بعمومه وكثرة فروعه أو بأحد الوجوه التي يكون بها ترجيح العلل علم أن الوصف الذي ترجح هو علة الحكم دون غيره، ولو كانت أوصاف الأصل حين اعتبر بها لا يطرد واحد منها على الأصول ضممت أحد الأوصاف إلى الآخر فإذا صلح لك اجتماع وصفين مطردين جعلتهما معاً علة الحكم.

وإن لم يطرد الوصفان باجتماعهما ضممت إليهما وصفاً ثالثاً، فإذا وجدتها مطردة

جعلتها مجموعها علة الأصل، وإن لم تطرد باجتماعها ضممت إليها رابعاً، ثم خامساً ثم سادساً ولا ينحصر بعد ذلك إلى أن ينتهي إلى أن يجمع أوصاف الأصل كله ويقتصر بالعلة على نفس الأصل المنصوص على حكمه كما قلنا في علة الذهب والفضة أنه لما لم يكن يصح تعليق الحكم على أحد أوصافها انتهى بنا التعليل إلى الاقتصار على نفس المنصوص عليه وقلنا: إن علتهما كونهما أثماناً وقيماً.

ومنع أبو حنيفة من هذا بمنعه من العلة الواقعة. ومنع بعض أصحابنا من الزيادة على خمسة أوصاف وهذا فاسد، لأنه لا نجد فرقاً بين الخمسة وبين ما زاد عليها أو نقص منها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُسَلِّفَ شَيْئاً بِمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ فِي شَيْءٍ مِنْهُ وَإِنْ اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ جَازَا مُتَفَاضِلَيْنِ يَداً بِيَدٍ قِيَاساً عَلَى الذَّهَبِ الَّذِي لاَ يَجُوزُ أَنْ يُسَلَّفَ فِي الْفِضَّةِ وَالْفِضَّةِ الَّتِي لاَ يَجُوزُ أَنْ تُسَلَّفَ فِي الذَّهَبِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وجملته أن الرجلين إذا تبايعا لم يخل ما يضمنه عقد بيعهما عوضاً ومعوضاً من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون العوضان مما لا ربا فيه فلا بأس ببيعه نقداً ونساء متفاضلاً ومتماثلاً سواء كانا من جنسين كبيع ثوب بعبد، أو كانا من جنس واحد كبيع ثوب بثوبين، وعبد بعبدين.

والقسم الثاني: أن يكون في أحد العوضين الربا دون الآخر كبيع عبد بدراهم أو ثوب بطعام فهذا كالقسم الذي قبله يجوز العقد عليهما نقداً ونساء، ويجوز أن يسلم أحدهما في الآخر.

والقسم الثالث: أن يكون العوضان مما فيه الربا بعلتين مختلفتين كالبر بالذهب أو الشعير بالفضة فهذا كالقسمين الماضيين في جواز العقد عليهما نقداً ونساء وإسلام أحدهما في الآخر.

والقسم الرابع: أن يكون العوضان مما فيه الربا بعلة واحدة كالبر بالشعير أو بالبر، والذهب بالفضة أو بالذهب، فلا يجوز إسلام أحدهما في الآخر لاشتراكهما في العلة. ثم ينظر في حال العوضين فإن كانا من جنس واحد كالبر بالبر أو الشعير بالشعير فلا يصح بيعهما إلا بشرطين: التساوي، والتقابض قبل الافتراق.

وقال أبو حنيفة يصح وإن تفرقا قبل القبض وقد مضى الكلام معه.

وإن كان العوضان من جنسين كالبر بالشعير، أو التمر بالزبيب فبيعه معتبر بشرط واحد وهو التقابض قبل الافتراق، والتفاضل فيه يجوز وقد مضى في هذا المعنى ما يغني. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَا خَرَجَ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ وَالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلاً إِلَى أَجَلٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ».

قال الماوردي: قد تقرر بما تمهد من علتي الربا أن ما عدا المأكول والمشروب والذهب والفضة لا ربا فيه كالصفر والنحاس والثياب والحيوان، فلا بأس أن يباع الجنس منه بغيره أو بمثله عاجلاً وآجلاً، ومتفاضلا، فيجوز أن يبيع ثوباً بثوبين وعبداً بعبدين وبعيراً ببعيرين نقداً ونساء.

وقال أبو حنيفة: الجنس يمنع من النساء متفاضلا ومتماثلاً، فلا يجوز بيع الثياب بالثياب نساء، ولا بيع الحيوان بالحيوان نساء. استدلالاً برواية قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ نَهى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسيئَةً[١].

وروى أبو الزبير عن جابر أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: الْحَيَوَانُ وَاحِدٌ بِاثْنَيْنِ لَا بَأْسَ بِهِ يَدَاً بِيَدٍ وَلَا خَيْرَ فِيهِ إِنْساء[٢].

ولأنه بيع جنس فلم يجز دخول النساء فيه كالبر. ولأن الجنس أحد صفتي علة الربا لأن علة الربا على قول الشافعي مطعوم جنس وعلى قول أبي حنيفة مكيل جنس، وإذا كان الجنس أحد صفتي علة الربا لم يجز دخول النساء فيه كالطعم أو الكيل.

وتحريره قياساً أن ما كان وصفاً في علة الربا كان مانعاً من دخول النساء كالكيل.

والدلالة على خطأ هذا القول ما روي عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُجَهِّزَ جَيْشاً فَفَرَّتِ الإِبْلُ فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ قِلَاصِ الصَّدَقَةِ. فَكَانَ يَأْخُذُ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ إلى إِبِلِ الصَّدَقَةِ. رواه أبو داود[٣] في سننه.

وروى الليث بن سعد عن أبي الزبير عن جابر قال: جَاءَ عَبْدٌ فَبَايَعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْهِجْرَةِ وَلَا يَشْعُرُ النَّبِيَّ ﷺ أَنَّهُ عَبْدٌ فَجَاءَ سَيِّدُهُ يُرِيدُهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ بِعْنِيه فَاشْتَرَاهُ بِعَبْدَيْنِ

---

(١) أخرجه أبو داود ٣/ ٢٥٠ في البيوع حديث (٣٣٥٦) والترمذي ٣/٥٣٨ حديث (١٢٣٧) وقال: حسن صحيح والنسائي٧/٢٩٢ وابن ماجة ٢/ ٧٦٣ حديث (٢٢٧٠) وأحمد في المسند ٥/ ١٢.

(٢) أخرجه الترمذي حديث (١٢٣٨) وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٦/ ١١٣ وانظر نصب الراية ٤/ ٤٨.

(٣) تقدم.

أَسْوَدَيْنِ ثُمَّ لَمْ يُبَايِعْ أَحَداً بَعْدُ حَتَّى يَسْأَلُهُ أَعَبْدٌ هُوَ. رواه الشافعي في الأم[1]. وقد روي جواز ذلك عن علي وابن عمر رضي الله عنهما.

فروي عن علي رضي الله عنه أَنَّهُ بَاعَ جَمَلاً لَهُ يُقَالُ لَهُ الْعُصَيْفِيرُ بِعِشْرِينَ جَمَلاً إِلَى أَجَلٍ.

وروي عن ابن عمر أنه باع بعيراً بأربعة أبعرة مضمونة بالربذة. وليس لهما في الصحابة مخالف فكان إجماعاً.

ولأن كل عقد صح اشتراط الخيار فيه، صح دخول الأجل فيه، كالجنسين من حيوان وثياب.

ولأن كل جنس جاز دخول التفاضل فيه جاز دخول الأجل فيه كالثياب المروية بالهروية.

فإن قيل: «الهروي والمروي» جنسان فلذلك جاز دخول الأجل فيهما قيل: جنسهما واحد. ألا ترى أنه لو باعه ثوباً على أنه هروي فبان أنه مروي، كان البيع جائزاً وله الخيار، ولو كان من غير جنسه لبطل البيع، كما لو باعه ثوباً على أنه قطن فبان أنه كتان، كان البيع باطلاً لأنهما جنسان.

ولأن الربا قد يثبت في الجنس من وجهين: التفاضل، والأجل.

فلما كان التفاضل في جنس ما لا ربا فيه جائزاً وجب أن يكون الأجل في جنس ما لا ربا فيه جائزاً.

وتحرير ذلك قياساً: أنه أحد نوعي الربا فوجب ألا يحرم فيما ليس فيه ربا كالتفاضل.

وأما الجواب عن خبري سمرة، وجابر، فهو أن يحمل النهي على دخول الأجل في كلا العوضين، وذلك عندنا غير جائز.

وأما قياسهم على البر بالبر فالمعنى تحريم التفاضل فيه، فلذلك حرم الأجل، وليس كذلك في مسألتنا.

وأما استدلالهم بأنه أحد صفتي الربا كالكيل، فالمعنى في الكيل أنه إذا علق به تحريم الأجل، اختص ذلك بما فيه الربا، وإذاعلق بالجنس عم ما فيه الربا وما لا ربا فيه، ولا يجوز أن يسوى بين ما فيه الربا، وبين ما لا ربا فيه في أحد نوعي الربا. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: فَلَا بَأْسَ أَنْ يُسَلِّفَ بَعِيراً فِي بَعِيرَيْنِ أُرِيدَ

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم ٣/١١٧ ومسلم ٣/١٢٢٥ في كتاب المساقاة حديث (١٢٣/١٦٠٢) وأبو داود ٣/٢٥١ حديث (٣٣٥٨) والنسائي ٧/٢٩٢.

بِهِمَا الذَّبْحُ أَوْ لَمْ يُرَدْ وَرَطْلِ نُحَاسٍ بِرَطْلَيْنِ وَعَرْضٌ بِعَرْضَيْنِ إِذَا دَفَعَ الْعَاجِلَ وَوَصَفَ الآجِلَ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في جواز بيع الحيوان بالحيوان نساء فعلى هذا يجوز أن يسلم بعيراً في بعيرين وأكثر. وقوله أريد بهما الذبح أو لم يرد إنما عنى به مالكاً حيث منع من بيع بعير ببعيرين أو بعير إذا أريد بهما الذبح أو بأحدهما، والمراد للذبح أن يكون كسيراً أو حطيماً. استدلالاً بأن ما لا يصلح إلا للذبح يجري في الحكم مجرى اللحم، وبيع اللحم بالحيوان لا يجوز.

والدلالة على خطأ هذا القول وجواز هذا البيع مع ما تقدم من عموم الظواهر الدالة أن كل حيوان جاز بيع بعضه ببعض صحيحاً، جاز بعضه ببعض كسراً كالعبد الصحيح بالعبد الزمن. ولأنه حيوان فجاز بيع بعضه ببعض كالصحيح. ولأن كسير الحيوان في حكم الصحيح في تحريم أكله حتى يستباح بالزكاة فوجب أن يكون كالصحيح في جواز بيعه. وبهذا ينكسر ما استدل به.

وأما قول الشافعي. ورطل نحاس برطلين وعرض بعرضين. فلأن ما لا ربا فيه يجوز فيه التفاضل والنساء معاً.

وقوله: إذا دفع العاجل ووصف الآجل فلأن السلم لا يصح إلا بهذين الشرطين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا أُكِلَ أَوْ شُرِبَ مِمَّا لاَ يُكَالُ وَلاَ يُوزَنْ فَلاَ يُبَاعُ مِنْهُ يَابِسٌ بِرَطْبٍ قِيَاساً عِنْدِي عَلَى مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ مِمَّا يُؤْكَلُ أَوْ يُشْرَبُ وَمَا يَبْقَى وَيُدَّخَرُ أَوْ لاَ يَبْقَى وَلاَ يُدَّخَرُ وَكَانَ أَوْلَى بِنَا مِنْ أَنْ نَقِيسَهُ بِمَا يُبَاعُ عَدَداً مِنْ غَيْرِ الْمَأْكُولِ مِنَ الثِّيَابِ وَالْخَشَبِ وَغَيْرِهَا وَلاَ يَصْلُحُ عَلَى قِيَاسِ هَذَا الْقَوْلِ رُمَّانَةٌ بِرُمَّانَتَيْنِ عَدَداً وَلاَ وَزْناً وَلاَ سَفَرْجَلَةٌ بِسَفَرْجَلَتَيْنِ وَلاَ بَطِّيخَةٌ بِبَطِّيخَتَيْنِ وَنَحْوُ ذَلِكَ وَيُبَاعُ جِنْسٌ مِنْهُ بِجِنْسٍ مِنْ غَيْرِهِ مُتَفَاضِلاً وَجُزَافاً يَداً بِيَدٍ وَلاَ بَأْسَ بِرُمَّانَةٍ بِسَفَرْجَلَتَيْنِ كَمَا لاَ بَأْسَ بِمُدِّ حِنْطَةٍ بِمُدَّيْنِ مِنْ تَمْرٍ وَنَحْوُ ذَلِكَ».

قال الماوردي: اعلم أن المأكولات كلها ضربان. ضرب استقر في العرف كيله أو وزنه فهذا فيه الربا على قوله في القديم والجديد معاً.

وضرب استقر في العرف أنه غير مكيل ولا موزون كالرمان والسفرجل، والبطيخ، والقثاء والبقول، فعلى قوله في القديم: لا ربا فيه ويجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً ومتماثلاً، رطباً ويابساً، عاجلاً وآجلاً وعلى قوله في الجديد فيه الربا. فعلى هذا يمنع من التفاضل والنساء في الجنس الواحد منه.

ثم لا يخلو حال ما كان رطباً من المأكولات من الفواكه والبقول من أحد أمرين:

إما أن يكون أغلب منافعها في حال يبسها وادخارها كالرطب الذي يصير تمراً، والعنب الذي يصير زبيباً، فلا يجوز أن يباع الجنس الواحد منه رطبه بيابسه، كما لا يجوز بيع التمر بالرطب حتى إذا صار يابساً مدخراً بيع بعضه ببعض يداً بيد.

وإما أن يكون أغلب منافعه في حال رطوبته كالرمان والسفرجل والبطيخ والبقول فقد اختلف أصحابنا في جواز بيع بعضه ببعض رطباً.

فذهب أبو العباس إلى جواز بيع بعضه ببعض رطباً إذا اعتبر فيه التماثل بالكيل والوزن إلحاقاً باللبن الذي يجوز بيع بعضه ببعض قبل الادخار واليبس لأن أغلب منافعه في حال رطوبته.

وذهب جمهور أصحابنا وهو الظاهر من منصوص الشافعي إلى أنه لا يجوز بيعه رطباً برطب ولا يابساً برطب حتى يصير يابساً مدخراً. لأن بعضه إذا يبس مختلف، والاعتبار فيه بالمنفعة وخالف الألبان والمائعات من الأدهان لأنها لا تيبس بأنفسها.

وكان أبو علي بن أبي هريرة يجعل مذهب أبي العباس قولاً للشافعي ويخرج المسألة على قولين:

أحدهما: جواز ذلك وهو المحكى عن أبي العباس تعلقاً بأن الشافعي قال في موضع من كتاب البيوع. ولا يجوز بيع البقل المأكول من صنفه إلا مثلاً بمثل فعلى هذا القول يعتبر فيه المماثلة: فإن كان ما يتجافى في المكيال كالبطيخ والرمان اعتبرت فيه المماثلة بالوزن، وإن كان مما لا يتجافى في المكيال كالنبق والعناب ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يعتبر فيه المماثلة بالوزن، لأنه أحصر من الكيل.

والوجه الثاني: يعتبر فيه المماثلة بالكيل؛ لأنه المنصوص عليه في كتاب الأصل.

والقول الثاني: وهو الصحيح من المذهب والمشهور من قول الشافعي: إن بيع ذلك رطباً لا يجوز بجنسه فعلى هذا لا يجوز أن تباع رمانة برمانتين لظهور التفاضل، ولا رمانة برمانة لعدم التماثل لكن يجوز بيع رمانة بسفرجلتين يداً بيد لاختلاف الجنسين.

فصل: فأما ما يكون مأكوله في جوفه كالجوز واللوز فلا يجوز بيع بعضه ببعض عدداً، ولا كيلاً، ولا وزناً لأن المقصود منه اللب، والقشر يختلف.

فإذا خرج عن قشره حتى صار لباً فرداً جاز بيع بعضه ببعض كيلاً إن كان مكيلاً ووزناً إن كان موزوناً، فأما مع اختلاف الجنسين فلا بأس به وإن كان في قشره. وهذا نص الشافعي.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا كَانَ مِنَ الأَدْوِيَةِ هُلَيْلِجِهَا وَبُلَيْلِجِهَا وَإِنْ كَانَتْ لَا تُقْتَاتُ فَقَدْ تُعَدُّ مَأْكُولَةً وَمَشْرُوبَةً فَهِيَ بِأَنْ تُقَاسَ عَلَى الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ لِلْقُوتِ

لأَنَّ جَمِيعَهَا فِي مَعْنَى الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ لِمَنْفَعَةِ الْبَدَنِ أَوْلَى مِنْ أَنْ تُقَاسَ عَلَى مَا خَرَجَ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ مِنَ الْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ وَالْخَشَبِ وَغَيْرِهَا».

قال الماوردي: واعلم أن المأكولات قد تختلف جهات أكلها على أنواع ستة:

أحدها: ما يؤكل قوتاً كالبر والشعير، ويتبع هذا النوع التمر والزبيب.

والثاني: ما يؤكل إدماً كالزيتون والبصل وقد يلحق بهذا النوع الألبان والأدهان.

والثالث: ما يؤكل إبزاراً كالكمون والفلفل، وقد يدخل في هذا النوع الملح.

والرابع: ما يؤكل تفكهاً كالرمان والسفرجل. وقد يضاف إلى هذا النوع الخضر.

والخامس: ما يؤكل حلواً كالسكر والعسل.

والسادس: ما يؤكل دواء كالإهليلج والبليلج فيجري الربا في جميعها حتى يجمع بين السقمونيا والبر في حصول الربا فيهما.

وإن كان البر يؤكل قوتاً عاماً والسقمونيا تؤكل دواء نادراً لوجود علة الربا فيهما على سواء. فما كان من هذه المأكولات مكيلاً أو موزوناً ثبت فيه الربا على العلتين معاً وما كان منه غير مكيل ولا موزون ثبت فيه الرباعلى علته في الجديد دون القديم وعليه يقع التفريع، وأما ما كان مأكول البهائم كالحشيش والعلف فلا ربا فيه لأن التعليل بالأكل متوجه إلى أكل الآدميين دون البهائم.

فأما ما يشترك في أكله الآدميون والبهائم فالواجب أن يعتبر فيه أغلب حالتيه. فإن كان الأغلب منهما أكل الآدميين ففيه الربا اعتباراً بأغلب حالتيه كالشعير الذي قد يشترك في أكله الآدميون والبهائم وأكل الآدميين له أغلب فثبت فيه الربا وإن كان الأغلب من حالتيه أكل البهائم فلا ربا فيه كالعلف الرطب الذي قد ربما أكله الآدميون عند تقديمه.

وإن استوت حالتاه فكان أكل البهائم له كأكل الآدميين من غير أن تكون إحدى الحالتين أغلب. فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: لا ربا فيه لأن الصفة لم تخلص.

والثاني: فيه الربا وهو الصحيح لوجود الصفة وحصول الزيادة.

فصل: وإذا تقرر هذا الأصل فسنوضحه بالتفريع عليه وذكر ما اختلف أصحابنا فيه.

اعلم أن الريحان، والنيلوفر، والنرجس، والورد، والبنفسج، لا ربا فيها. لأنها قد تتخذ مشمومة إلا أن يريب شيء منها بالسكر أو بالعسل كالورد المعمول جلجبين فيصير فيه الربا لأنه صار مأكولاً. واختلف أصحابنا في ماء الورد. هل فيه الربا أم لا على وجهين:

أحدهما: لا ربا فيه اعتباراً بأصله.

والثاني: فيه الربا لأنه قد يستعمل في الطعام مأكولاً.

فأما العود، والصندل، والكافور، والمسك، والعنبر. فلا ربا في شيء منها لأنها طيب غير مأكول.

وأما الزعفران ففيه وجهان:

أحدهما: لا ربا فيه لأن المبتغى منه لونه كالعصفر.

والثاني: فيه الربا لأنه مأكول وطعمه مقصود.

فأما الأترج والليمون والنارنج ففيه الربا؛ لأنه وإن كان طيباً ذكياً فهو مأكول والأكل أغلب حالتيه.

فأما العشار والأشج فلا ربا فيهما وكذلك الشيح لأنها تستعمل بخورا. وأما اللبان والعلك ففيهما الربا، لأن الأكل أغلب حالتيهما، وكذلك المصطكى.

وأما اللوز المر والحبة الخضراء والبلوط ففيها الربا، لأنها مأكولة وإن كانت مباحة النبت، وكذلك القثاء وحب الحنظل.

فأما القرطم وحب الكتان ففيهما وجهان:

أحدهما: أن فيهما الربا لأنهما قد يؤكلان.

والثاني: وهو أصح أنه لا ربا فيهما لأن الأغلب من أحوالهما عدم الأكل وإن أكلا نادراً.

وأما الطين فإن كان أرمنياً ففيه الربا؛ لأنه يؤكل دواء وكذلك إن كان مختوماً.

وإن كان من غير الأدوية كالطين الذي قد ربما أكله بعض الناس شهوة فلا ربا فيه لأن أكله ممنوع منه فصار أكله كأكل التراب.

فأما الأدوية التي لا تؤكل وإنما تستعمل من خارج البدن طلاء أو ضماداً، فلا ربا فيها لفقد الصفة.

واختلف أصحابنا في الصمغ فأثبت بعضهم فيه الربا ونفى عنه بعضهم الربا لأنه طلاء.

وأما البذور التي لا تؤكل إلا بعد نبتها كبذر الجزر والبصل والفجل والسلجم ففيها وجهان:

أحدهما: فيها الربا لأنها فرع لمأكول وأصل لمأكول.

والثاني: لا ربا فيها لأنها غير مأكولة في أنفسها فجرت مجرى العجم والنوى الذي لا ربا فيه.

وإن كان فرعاً لمأكول وأصلاً لمأكول.

والوجه الأول أصح، بخلاف النوى، لأن النوى لا يؤكل بحال، وهذه البذور تؤكل، وإنما يؤخر أكلها طلباً لأكمال أحوالها كالطلع والبلح.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَصْلُ الْحِنْطَةِ وَالتَّمْرِ الْكَيْلُ فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ الْجِنْسُ الْوَاحِدُ بِمِثْلِهِ وَزْناً بِوَزْنٍ وَلاَ وَزْناً بِكَيْلٍ لأَنَّ الصَّاعَ يَكُونُ وَزْنُهُ أَرْطَالاً وَصَاعَ دُونَهُ أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ فَلَوْ كِيلاَ كَانَ صَاعٌ بِأَكْثَرَ مِنْ صَاعٍ كَيْلاً».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

كل شيء فيه الربا إذا بيع بجنسه فالاعتبار في تماثله بالكيل والوزن عادة أهل الحجاز في زمن رسول الله ﷺ، فإن كان بالحجاز في زمن رسول الله ﷺ مكيلاً، كان أصله الكيل، فلا يجوز أن يباع بعضه ببعض إلا كيلاً.

وما كان موزوناً كان أصله الوزن، فلا يجوز أن يباع بعضه ببعض إلا وزناً، ولا اعتبار بعادة غير أهل الحجاز ولا بما أحدثه أهل الحجاز بعد رسول الله ﷺ.

وقال مالك: يجوز أن يباع ما كان مكيلاً على عهد رسول الله ﷺ وزناً بوزن، كالتمر الذي قد جرت عادة أهل البصرة ببيعه وزناً، ولا يجوز أن يباع ما كان موزوناً كيلاً بكيل.

وقال أبو حنيفة: أما الأربعة المنصوص عليها فلا يجوز بيع بعضها ببعض إلا كيلاً بكيل.

ولا اعتبار بما أحدثه الناس من بعد، وأما ما سوى الأربعة فالاعتبار فيها بعادة الناس في بلدانهم وأزمانهم ولا اعتبار بالحجاز ولا بما كان في عهد رسول الله ﷺ.

فأما مالك فاستدل على ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْبُرِّ بِالْبُرِّ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ». والتماثل معلوم بالوزن كما هو معلوم بالكيل.

قال: ولأن الوزن أخص من الكيل، فلذلك جاز بيع المكيل وزناً ولم يجز بيع الموزون كيلاً.

وأما أبو حنيفة فاستدل بأن الأربعة منصوص على الكيل فيها فلم يجز مخالفة النص وما سوى الأربعة فالاعتبار فيه بالعادة.

وعادة أهل الوقت أولى أن تكون معتبرة من أوقات سالفة وبلا مخالفة. لأن التفاضل موجود بمقادير الوقت.

والدلالة على ذلك قوله ﷺ: «لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ إلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ يَداً بِيَدٍ». فنص على التساوي بالكيل فاقتضى ألا يعتبر فيه التساوي بالوزن لأنه قد يخالف ما أمر به من الكيل.

ولأنه قد يتساوى البر بالبر كيلاً ويتفاضلان وزناً، كما أنهما قد يتساويان وزناً

ويتفاضلان كيلاً، والتفاضل فيه محرم، فلو اعتبر التساوي بالوزن لأنه أخص لاقتضى ألا يعتبر التساوي بالكيل لأنه ليس أخص.

ولأنه ربما أدى إلى التفاضل في الوزن الذي هو أخص فلما جاز اعتبار التساوي فيه بالكيل وإن جاز التفاضل في الوزن، وجب ألا يجوز اعتبار التساوي بالوزن لجواز التفاضل في الكيل، ولو كان مخيراً في اعتبار التساوي فيه بالكيل والوزن لكان مخيراً بين أن يجري عليه حكم التماثل فيحل أو يجري عليه حكم التفاضل فيحرم. وهذا متناقض.

وأما أبو حنيفة فالدلالةعليه ما روى طاوس عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَة، وَالْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّة».

وليس هذا القول إخباراً منه بانفراد المدينة بالمكيال ومكة بالميزان. لأن مكيال غير المدينة وميزان غير مكة يجوز التبايع به واعتبار التماثل فيه، فعلم أن مراده عادة أهل المدينة فيما يكيلونه وعادة أهل مكة فيما يزنونه.

ولأنه لو أحدث الناس عادة في الدراهم والدنانير أن يتبايعوها عدداً لم يجز أن يكون العدد معتبراً في بعضها ببعض اعتباراً بما كانت عليه في الحجاز من قبل.

وكذا الأربعة التي قد ورد فيها النص، لو خالف الناس فيها العادة لم يجز أن يكون الحادث رافعاً لسالف العادة فوجب أن يكون ما سوى ذلك معتبراً في تماثله بسالف العادة.

وتحرير ذلك علة أنه جنس يحرم فيه التفاضل فوجب أن يكون اعتبار التماثل فيه بالمقدار المعهود على زمن الرسول ﷺ كالذهب والفضة والأشياء الأربعة.

وهذه علة تعم مالكاً وأبا حنيفة وفيها انفصال عما استدلا به.

فصل: فإذا ثبت أن اعتبار المكيل والموزون بما كان على عهد رسول الله ﷺ مكيلاً أو موزوناً لم يخل حال الجنس الذي فيه الربا من أحد أمرين:

إما أن يكون معروف الحال على رسول الله ﷺ أو مجهول الحال.

فإن كان معروف الحال راعيت فيه ما عرف من حاله. فإن كان مكيلاً جعلت الكيل فيه أصلاً ومنعت من بيعه وزناً. وإن كان موزوناً جعلت الوزن فيه أصلاً ومنعت من بيعه كيلاً.

فعلى هذا قد كانت الحبوب على عهده مكيلة، والأدهان مكيلة، والألبان مكيلة، وكذلك التمر والزبيب وإن كان مجهول الحال أو كان من مأكل غير الحجاز راعيت فيه عرف أهل الوقت في أغلب البلاد فجعلته أصلاً.

فإن كان العرف وزناً جعلت أصله الوزن، وإن كان العرف كيلاً جعلت أصله كيلاً.

وإن لم يكن للناس فيه عرف غالب فكانت عادتهم تستوي في كيله ووزنه فقد اختلف فيه أصحابنا على أربعة مذاهب:

أحدها: تباع وزناً لأن الوزن أخص.

والثاني: تباع كيلاً لأن الكيل في المأكولات نص.

والثالث: أنه يعتبر بأشبه الأشياء به مما عرف حاله على عهد الرسول ﷺ فيلحق به. لأن الأشباه متقاربة.

والرابع: أنه مخير فيه بين الوزن والكيل لاستواء العرف فيه.

فصل: إذا كانت ضيعة أو قرية يتساوى طعامها في الكيل والوزن، ولا يفضل بعضه على بعض بما قد عرف من حاله أن التماثل فيه بالكيل فقد اختلف أصحابنا.

هل يجوز بيع بعضه ببعض وزنا. على وجهين:

أحدهما: لا يجوز لما فيه من مخالفة النص وتغيير العرف.

والثاني: يجوز ويكون الوزن فيه نائباً عن الكيل للعلم بموافقته كما كان مكيال العراق نائباً عن مكيال الحجاز لموافقته في المساواة بين المكيلين.

فصل: إذا تبايعا صبرة طعام بصبرة طعام جزافاً ثم كيلا من بعد فوجدتا سواء كان البيع باطلاً لأن الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل، ولو تبايعا على المكايلة والمماثلة صح البيع.

فإن كانتا سواء لزم العقد ولا خيار لواحد منهما. ولو فضلت إحدى الصبرتين على الأخرى ففيه قولان:

أحدهما: بطلان العقد لأن العقد يتناول جميع الصبرتين مع ظهور التفاضل.

والقول الثاني: جواز العقد لاشتراط التماثل. فعلى هذا يأخذ صاحب الفضل زيادته ويكون لصاحب الصبرة الناقصة الخيار في فسخ البيع لتفريق الصفقة أو إمضاء البيع بمثل صبرته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بَالحِنْطَةِ مثلاً بِمثل مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ يَكُونُ مُتَفَاضِلاً فِي نَحْوِ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح والمشهور عن الشافعي في سائر كتبه الذي حكاه عنه جميع أصحابه أن بيع الدقيق بالحنطة لا يجوز بحال، وبه قال أبو حنيفة، وحكى الحسين الكرابيسي عن الشافعي جواز بيع الدقيق بالحنطة متفاضلا وجعلهما كالجنسين وبه ... أبو ثور.

وقال مالك وأحمد، وإسحاق يجوز بيع الدقيق بالحنطة متماثلا، ثم اختلفوا في كيفية تماثله. فقال مالك: يصح تماثله بالكيل.

وقال أحمد وإسحاق: لا يصح تماثله إلا بالوزن.

فأما من ذهب إلى جنسان وجوز التفاضل بينهما وهو أبو ثور والكرابيسي هذه الرواية. فاستدل لذلك بشيئين:

أحدهما: أن الدقيق لا يصير حنطة أبداً، ولا شيء أبلغ في تنافي التجانس من هذا.

والثاني: أنه لو حلف لا يأكل حنطة فأكل دقيقا أو لا يأكل دقيقا فأكل حنطة لم يحنث، ولو كانا جنساً واحداً لحنث بأكل واحد منهما.

فأما من ذهب إلى جنس واحد وإن المماثلة بينهما حاصلة إما بالكيل أو بالوزن على حسب اختلافهم فيه، فاستدل بأن الدقيق حنطة متفرقة الأجزاء وتفريق أجزائها يحدث فيها خفة في المكيال وذلك لا يمنع من التساوي كما لو باع الحنطة خفيفة الوزن بكيلها حنطة ثقيلة الوزن لم يمنع من جواز البيع، وإن علم اختلافهما في الوزن إذا تساويا في الكيل، كذلك الدقيق بالحنطة.

والدلالة على أن الدقيق والحنطة جنس واحد هو أن الدقيق نفس الحنطة وإنما تفرقت أجزاؤها، وليس تفرق أجزائها بمخرج لها من جنسها كصحاح الدراهم ومكسورها فإن قيل مكسور الدراهم يصير صحاحاً بالسبك، والدقيق لا يصير حنطة أبداً. قلنا: ليس اختلاف الشيء بتنقل أحواله التي لا يعود إليها يوجب اختلاف جنسه فإن التيس لا يعود جدياً، والتمر لا يعود رطباً، والرطب لا يعود بسراً ثم لا يدل انتقاله إلى الحالة الثانية وتعذر عوده إلى الحال الأول على اختلاف الأجناس، بل التمر من جنس الرطب وإن لم يصر رطباً، كذلك الدقيق من جنس الحنطة وإن لم يصر حنطة.

فأما الأثمان فمجهولة على عرف الأسامي، والربا محمول على اعتبار المعاني، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر. ألا تراه لو حلف لا يأكل رطبا فأكل تمراً لم يحنث، ولا يدل ذلك على أن التمر والرطب جنسان.

فإذا ثبت أن الدقيق والحنطة جنس واحد حرم التفاضل فيه ولم يصح اعتبار التماثل فيه.

أما بالوزن فلأن أصله الكيل وما كان أصله الكيل فلا يجوز أن يعتبر تماثله بالوزن، وأما الكيل فلأن تفريق أجزاء الدقيق بالطحن واجتماع أجزاء الحنطة يحدث بينهما في المكيال اختلافاً يحيط العلم بالفضل بينهما، والتفاضل محظور بالنص.

وليس هذا كالطعام الخفيف بالطعام الثقيل، لأن أجزاء الجميع مجتمعة، وإنما خفت

أجزاء أحدهما وثقلت أجزاء الآخر، وذلك غير معتبر فخالف الدقيق الذي قد تفرقت أجزاؤه فانبسطت بالحنطة التي قد انضمت أجزاؤها واجتمعت.

فصل: فإذا ثبت أن بيع الدقيق بالحنطة لا يجوز فكذا ما حدث عن الدقيق من العجين والخبز والسويق لا يجوز بيعه بالحنطة، أما العجين فلعلتين:

إحداهما: ما ذكرنا من علة الدقيق.

والثانية: دخول الماء فيه.

وأما الخبز فلثلاث علل منها هاتان العلتان.

والثالثة: دخول النار فيه. فأما السويق بالحنطة فلا يجوز لعلة واحدة كالدقيق بالحنطة.

فصل: فإذا بيع الدقيق بالدقيق فعند الشافعي أنه لا يجوز وقال أبو حنيفة يجوز.

وقد رواه البويطي، وحكاه المزني في مسائله المنثورة عن الشافعي لتساويهما في تفرق أجزائهما كما جاز بيع الحنطة بالحنطة لتساويهما في اجتماع أجزائهما، ولم يجز بيع الدقيق بالحنطة لاجتماع أجزاء أحدهما وتفرق أجزاء الآخر. وهذا خطأ. لأن الدقيق وإن تفرقت أجزاء جميعه بالطحن فقد يكون طحن أحدهما أنعم، فيكون تفريق أجزائه أكثر وهو في المكيال أجمع فيؤدي ذلك إلى التفاضل فيه، لأن الناعم المنبسط أكثر في المكيال من الخشن المجتمع، أو يكون مجهول التماثل، وأيهما كان فبيعه باطل، لأن الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل. وإذا لم يجز بيع الدقيق بالدقيق فكذا لا يجوز بيع السويق بالدقيق لما ذكرنا من التعليل.

فأما الخبز إذا يبس ودق فتوتاً ناعماً، وبيع بعضه ببعض كيلاً ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه بعد اليبس والدق قد عاد أصله من قبل وقد حصل فيه التماثل بالكيل.

والوجه الثاني وهو أصح: لا يجوز، لأن الدقيق أقرب إلى التماثل من الخبز المدقوق الذي قد دخلته النار وأحالته، فلما لم يجز بيع الدقيق بالدقيق فأولى ألا يجوز بيع الخبز المدقوق بالخبز المدقوق، ولولا أن الوجه الأول مشهور من قول أصحابنا لكان إغفاله أولى لمخالفته النص ومنافاته المذهب.

فصل: فأما إذا اختلف الجنسان في بيع الدقيق بالدقيق أو الخبز بالدقيق جازه لجواز التفاضل فيه فعلى هذا يجوز بيع الدقيق البر بدقيق الشعير، وخبز البر بخبز الشعير متفاضلاً يداً بيد، لاختلاف الجنسين، لأن الشعير من غير جنس البر.

وقـال مالـك: البر والشعيـر جنس واحد فـلا يجوز التفـاضل بينهمـا. وبه قـال حمـاد والليث بن سعد.

استدلالاً بحديث معمر بن عبد الله أنه وجهَ بِغُلَامٍ لَهُ وَمَعَهُ صَاعٌ مِنْ بُـرٍّ فَقَالَ: اشْتَـرِ بِهِ شَعِيراً فَاشْتَرَى بِهِ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ وازْدَادَ صاعـاً آخَرَ فَلَمَّـا رَجَعَ قَـالَ لَهُ؛ لِمَ فَعَلْتَ هَـذَا. رُدَّهُ فَإِنِّي كُنْتُ أَسْمَعُ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ: الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلٌ بِمِثْلٍ. قَالَ: وَطَعَامُنَا يَوْمَئِذٍ الشَّعِيرُ.

فدل هذا الحديث على تحريم التفاضل بين البر والشعير وأنهما جنس واحد.

قال: ولأن البر والشعير يتقاربـان في المنفعة ويمتـزجان في المشـاهدة فجـريا مجـرى شامي وحبشاني.

والدلالة على أنهما جنسان حـديث عبادة بن الصـامت أن النبي ﷺ قال: وَلَكِنْ بِيعُـوا الْبُرَّ بِالشَّعِيرِ والشَّعِيرِ بِالْبُرِّ والتَّمْرَ بِالْمِلْحِ وَالْمِلْحَ بِالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَد.

فجوز التفاضل بينهما نصـاً مع قـوله: فَـإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُـوا كَيْفَ شِئْتُمْ. فدل على أنهما جنسان.

ولأن الشعير مخالف للبر في صفته وخلقته ومنفعته، وإن قاربه من وجـه فحل من البـر محل الزبيب من التمر فاقتضى أن يكونا جنسين كما أن الزبيب من التمر جنسان.

وأما الجواب عن حـديث معمر بن عبـدالله فهو أن الـدليل من الخبـر قول معمـر دون روايته وليس مجرد قوله حجة مع مخالفة غيره.

وأما الجواب عما استدل به من تقاربهمـا في المنفعة وامتـزاج أحدهمـا بالآخـر فليس تقاربهما في المنفعة بموجب لاتفاقهما في الجنس كـالتمر والـزبيب. وليس امتزاج أحـدهما بالآخر دليلاً على أنهما جنس كالتراب الممتزج بالبر والشعير والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ بَأْسَ بِخَلِّ الْعِنَبِ مِثْـلاً بِمِثْلٍ فَـأَمَّا خَـلُّ الزَّبِيبِ فَلاَ خَيْرَ فِي بَعْضِهِ بِبَعْضٍ مَثَـلاً بِمَثَلٍ مِنْ قِبَـلِ أَنَّ الْمَاءَ يَقِـلُّ فِيهِ وَيَكْثُرُ فَإِذَا اخْتَلَفَت الأَجْنَاسُ فَلاَ بَأْسَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

ومقدمات هذا الفصل أن التمر والرطب جنس واحد والزبيب والعنب جنس واحـد وأن الماء هل فيه الربا أم لا؟ على وجهين لأصحابنا:

أحدهما: فيه الربا لأنه مطعوم.

والثاني: لا ربا فيه لأنه مباح الأصل في غالب الأحوال لا يتحـول. ولذلـك قلنا إن من غصب ماء فتوضأ به جاز. ولو غصب رقبـة فأعتقهـا لم يجز. فـإذا ثبت هذا فبيـع خل العنب

بخل العنب جائز لحصول التماثل في غالب أحواله. وليس له غاية يخاف عليه التفاوت فيها فصار كالأدهان، وأما خل الزبيب بخل الزبيب فلا يجوز لأن فيهما ما يمنع من التماثل لجواز أن يكون الماء في أحدهما أكثر منه في الآخر فيفضي إلى التفاضل في الجنس الواحد، وكذلك بيع خل التمر بخل التمر لا يجوز لما فيه من الماء المانع من التماثل، وكذلك بيع خل الرطب بخل الرطب لا يجوز بخلاف خل العنب لأن خل العنب عصير لا يخالطه الماء، وخل الرطب لا يصح إلا بمخالطة الماء.

فأما بيع خل العنب بخل الزبيب فلا يجوز أيضاً، لأن الزبيب والعنب جنس واحد وفي أحدهما ما يمنع من التماثل، وكذلك بيع خل الرطب بخل التمر لا يجوز، لأن فيهما ما يمنع من التماثل ولكن بيع خل العنب بخل التمر والرطب جائز، لأنهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما.

فأما بيع خل الزبيب بخل الرطب والتمر فعلى وجهين مبنيان على ثبوت الربا في الماء.

أحدهما: يجوز على الوجه الذي يقول إن الماء لا ربا فيه لأن الزبيب والتمر جنسان.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز إذا قيل إن في الماء الربا لجواز أن يكون الماء الذي في أحدهما أكثر منه في الآخر.

وكان أبو علي بن أبي هريرة يخرج قولاً ثانياً في الخل أن جميعه جنس واحد كاللبن، فيمنع على هذا القول من بيع خل التمر بخل الزبيب بكل حال.

وامتنع سائر أصحابنا من تخريج هذا القول وقالوا إن الخل أجناس كأصوله.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ خَيْرَ فِي التَّحَرِّي فِيمَا فِي بَعْضِهِ بِبَعْضٍ رِباً».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في مراد الشافعي بهذه المسألة. فذهب بعضهم إلى أنه أراد به مالكاً حيث جوز بيع خل التمر بخل التمر إذا تحرى فيه خلاّل بصير بصنعته فأخبر أن ما في أحدهما من الماء مثل ما في الآخر.

فرد عليه جواز التحري فيه ومنع من بيعه بكل حال لأن التحري تخمين واليقين معدوم، وتجويز التفاضل محظور.

وقال آخرون منهم ابن أبي هريرة أنه أراد به رداً على مالك في تجويزه لأهل البادية أن يتابعوا البر بالبر تحرياً واجتهاداً في التماثل من غير كيل وكذلك كل مكيل، ومنعهم من التحري في الموزون. استدلالاً بأن أهل البادية تعوزهم المكاييل فاضطروا إلى التحري والاجتهاد فيه كما جاز التحري في بيع العرايا من غير كيل للضرورة فيه.

وهذا خطأ لمخالفة النص ومفارقة القياس.

روى أبو الزبير عن جابر أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْصُّبْرَةِ مِنَ الطَّعَامِ بِالصُّبْرَةِ مَا لَمْ يَدْرِ كَيْلَ هَذِهِ وَكَيْلَ هَذِهِ(١). وهذا نص.

ولأن كل ما حرم فيه التفاضل لم يجز أن يدخله التحري في التماثل كأهل الحضر، ولأن كل تحر في تماثل جنس يمنع منه أهل الحضر، يمنع منه أهل البادية كالموزون. وأما الجواب عن استدلالاهم بالضرورة عند فقد المكيال ففاسد بفقد الميزان الذي لا يستبيحون معه التحري في الموزون وخالف العرايا لأن كيل ما على رؤوس النخل غير ممكن.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ خَيْرَ فِي مُدِّ عجْوَة وَدِرْهَم بِمُدِّ عَجْوَة حَتَّى يَكُونَ التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مَثَلاً بِمَثَلٍ».

قال الماوردي: وجملته أن كل جنس ثبت فيه الربا فلا يجوز أن يباع بشيء من جنسه إذا ضم إليه عوض من غير جنسه. فعلى هذا لا يجوز أن يباع مد تمر ودرهم بمدي تمر ولا بدرهمين، ولا يجوز أن يباع دينار وثوب بدينارين ولا درهم وسيف بدرهمين.

وقال أبو حنيفة بجوازه فأباح بيع مد تمر ودرهم بمدين وجعل مداً بمد ودرهماً بمد، وأجاز بيع سيف محلى بذهب بالذهب إذا كان الثمن أكثر ذهباً من الحلية، ليكون الفاضل منه ثمناً للسيف ويجعل الذهب بالذهب مثلاً بمثل.

فاستدل على ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة كان أولى من حمله على الفساد. وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: إِذَا وَجَدْتُمْ لِمُسْلِمٍ مَخْرَجاً فَأَخْرِجُوه(٢). فلما كان متبايعا المد والدرهم بالمدين لو شرطا في العقد أن يكون مد بمد، ودرهم بمد صح العقد، وجب أن يحمل عليه أيضاً مع عدم الشرط ليكون العقد محمولاً على وجه الصحة دون الفساد.

قال: ولأن المماثلة فيما يدخله الربا معتبرة بالكيل إن كان مكيلاً أو بالوزن إن كان موزوناً.

فأما القيمة فلا اعتبار بها في المماثلة لا في المكيل ولا في الموزون ألا تراه لو باع كراً من حنطة يساوي عشرة دنانير بكر من حنطة يساوي عشرين ديناراً صح العقد لوجود التماثل في الكيل وإن حصل التفاضل في القيمة وإذا بطل اعتبار القيمة في المماثلة صار العقد مقسطاً على الأجزاء دون القيم فيصير مد بإزاء مد ودرهم بإزاء مد.

(١) أخرجه مسلم ١١٦٢/٣ في كتاب البيوع حديث (١٥٣٠/٤٢) والنسائي ٢٦٩/٧.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٣٨/٨.

والدلالة عليه حديث فضالة بن عبيد قال:

أتي رسول الله ﷺ عَامَ خَيْبَر بِقِلَادَةٍ فِيهَا خَرَزٌ وَذَهَبٌ ابْتَاعَهَا رَجُلٌ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرَ أَوْ بِسَبْعَةِ دَنَانِير فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: لَا حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا فَقَالَ الرَّجُلُ: إِنَّمَا أَرَدْتُ الْحِجَارَةَ. فَقَالَ لَا حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا[١]. فإن قيل فيجوز أن يكون النبي ﷺ رده لأن ذهب القلادة أكثر من ذهب الثمن قلنا: لا يصح ذلك من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ أطلق الجواب من غير سؤال فدل عل استواء الحالين.

والثاني: أن قول المشتري إنما أردت الخرز دليل على أن الذهب يسير دخل على وجه التبع.

وروي أن معاوية ابتاع سيفاً محلى بالذهب بذهب فقال أبو الدرداء لا يصلح هذا فإن رسول الله ﷺ نَهى عَنْهُ فقال: الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلاً بِمِثْلٍ. فَقَالَ مُعَاوِيَةُ: مَا أَرَى بِذَلِكَ بَأْساً. فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ: أُحَدِّثُكَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَتُحَدِّثُنِي عَنْ رَأْيِكَ وَاللَّهِ لَا أُسَاكِنُكَ أَبَداً[٢].

فدل هذان الحديثان على صحة ما ذكرنا.

ثم الدليل عليه من طريق المعنى هو أن العقد الواحد إذا جمع شيئين مختلفي القيمة كان الثمن مقسطاً على قيمتهما لا على أعدادهما، يوضح ذلك أصلان:

أحدهما: أن من اشترى شقصاً من دار وعبداً بألف فاستحق الشقص بالشفعة كان مأخوذاً بحصته من الثمن اعتباراً بقيمته وقيمة العبد ولا يكون مأخوذاً بنصف الثمن.

والثاني: أن من اشترى عبداً وثوباً بألف ثم استحق الثوب أو تلف كان العبد مأخوذاً بحصته من الألف ولا يكون مأخوذاً بنصف الألف.

وإذا كانت الأصول توجب تقسيط الثمن على القيمة اقتضى أن يكون العقد ها هنا فاسداً لأنه يتردد بين أمرين:

أحدهما: العلم بالتفاضل.

والثاني: الجهل بالتماثل. لأنه يجوز أن تكون قيمة المد الذي مع الدرهم أقل من درهم أو أكثر من درهم، أو يكون درهماً لا أقل ولا أكثر.

فإن كان أقل أو أكثر كان التفاضل معلوماً وإن كان درهماً كان التماثل مجهولاً، والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل. فلم يخل العقد في كلا الأمرين من الفساد.

---

(١) أخرجه مسلم ٣/٢١٣ في المساقاة حديث (١٥٩١/٩٠) وأبو داود ٢/٢٦٩ حديث (٣٣٥١).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ٢/٦٣٤ حديث (٣٣) والشافعي في الرسالة فقرة (١٢٢٨).

فإن قيل: الثمن لا يتقسط على القيمة في حال العقد وإنما يتقسط على القيمة بالاستحقاق فيما بعد، لأن الثمن لا يصح أن يكون مجهولاً حال العقد وتقسيطه على القيمة به يفضي إلى الجهالة.

قلنا: هذا القول فاسد. لأن الثمن لا بد أن يكون مقسطاً إما على القيمة وإما على العدد، فلما بطل أن يكون مقسطاً على العدد لأنه لا يستحق به، ثبت أنه مقسط على القيمة، وليس الجهل بالتفصيل مع العلم بالجملة مانعاً من الصحة.

فأما استدلالهم بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يجز حمله على الفساد. فينتقض بمن باع سلعة إلى أجل ثم اشتراها نقداً بأقل من الثمن الأول فإنه لا يجوز عندهم مع إمكان حمله على الصحة وهما عقدان يجوز كل واحد منهما على الانفراد، وجعلوا العقد الواحد ها هنا عقدين ليحملوه على الصحة فكان هذا إفساداً لقولهم. ولو كان هذا أصلاً معتبراً لكان بيع مد تمر بمدين جائزاً. ليكون تمر كل واحد منهما بنوى الآخر، حملاً للعقد على وجه يصح فيه ولا يفسد.

أو يكون مد بمد والآخر محمولاً على الهبة دون البيع، فلما لم يجز اعتبار هذا في العقد وجب اعتبار إطلاقه في العرف المقصود منه كذلك في مسألتنا.

وأما استدلالهم بأن المماثلة معتبرة بالقدر دون القيمة فالجواب عنه أن القيمة غير معتبرة وإنما تماثل القدر معتبر، غير أن بالقيمة في الأجناس المختلفة يعلم تماثل القدر أو تفاضله. والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا وباع الرجل مداً من تمر ودرهماً بمدين من تمر كان باطلاً إلا أن يفصل فيقول: قد بعتك مداً بمد ودرهماً بمد فيصح لأن التفصيل يجعلهما عقدين ويمنع من تقسيط الثمن على القيمتين، وكذا لو باعه مداً ودرهماً بدرهمين كان باطلاً إلا مع التفصيل.

وكذا لو باعه مداً من بر ومداً من شعير بمدين من بر أو شعير كان باطلاً إلا مع التفصيل ولكن لو باعه مداً من بر ومداً من شعير بمدين من تمر كان جائزاً إذا تقابضا قبل التفرق لأنها أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها، وإنما يمنع من التفرق قبل تقابضهما لأن علة الربا في جميعها واحدة.

ولو باعه ثوباً وديناراً بثوبين كان جائزاً وإن تفرقا قبل القبض لأن ما لا ربا فيه لا يمنع من التفرق فيه قبل قبضه.

وكذا لو باعه ثوباً وديناراً بكر من بر صح وجاز التفرق فيه قبل قبضه لأن الدنانير والبر وإن كان فيهما الربا فلعلتين مختلفتين.

فأما إذا باعه ديناراً وثوباً بمائة درهم كان في العقد قولان لأنه عقد جمع بيعاً وصرفاً. لأن ما قبل الدينار من الدراهم صرف. وما قابل الثوب بيع.

وكذا لو باعه ثوباً وقفيزاً من شعير بقفيزين من حنطة كان أيضاً على قولين لأنه بيع وصرف لأن ما قابل الثوب من الحنطة بيع وما قابل الشعير كالصرف لاستحقاق القبض قبل التفرق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ زَيْتٍ وَدُهْنِ لُوزٍ وَجُوزٍ وَبُزُورٍ لاَ يَجُوزُ مِنَ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ إِلاَّ مَثَلاً بِمَثَلٍ فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَلاَ بَأْسَ بِهِ مُتَفَاضِلاً يَداً بِيَدٍ».

قال الماوردي: اعلم أن الأدهان على أربعة أقسام:

أحدها: ما كانت من أصول مأكولة وتكون بعد استخراجها دهناً مأكولة كالزيت والشيرج، ودهن الجوز واللوز.

قال الشافعي: ودهن البطم والصنوبر والخردل والحب الأخضر فهذه كلها وما شاكلها مأكولة بعد استخراجها ومأكولة الأصل قبل استخراجها، ففيها الربا لأنها إن كانت معتبرة بأصلها، فأصلها مأكولة، وإن كانت معتبرة بأنفسها فهي مأكولة فلم تخل في كلا الحالين من ثبوت الربا فيها.

والقسم الثاني: ما كانت من أصول غير مأكولة وتكون بعد استخراجها دهناً غير مأكولة كدهن المحلب والألبان والكافور فهذه وما شاكلها غير مأكولة الأصول والأدهان جميعاً فلا ربا فيها اعتباراً بالحالتين معاً.

والقسم الثالث: ما كانت من أصول مأكولة لكنها لا تكون بعد استخراجها دهناً مأكولة كدهن الورد والبنفسج والخيري والياسمين فهذه في أنفسها غير مأكولة في العرف وإنما تستعمل طلاء لكنها مستخرجة من أصل مأكول وهو السمسم ففي ثبوت الربا فيها وجهان:

أحدهما: لا ربا فيها اعتباراً بأنفسها.

والثاني: فيها الربا اعتباراً بأصولها. وكذلك دهن السمك من أصل مأكول لكنه في نفسه غير مأكول.

وأما دهن البزر والقرطم فقد اختلف أصحابنا في أصولها هل هي مأكولة يثبت فيها الربا على وجهين:

أحدهما: لا ربا فيها فعلى هذا لا ربا في أدهانها.

والثاني: فيها الربا لأنها قد تؤكل.

فعلى هذا في ثبوت الربا في أدهانها وجهان. لأنها من أصل مأكول وفرع غير مأكول.

والقسم الرابع: ما كانت من أصول غير مأكولة لكن بعد استخراجها دهناً مأكولة. كدهن الخروع وحب القرع وما شاكلها. ففي ثبوت الربا فيها وجهان:

أحدهما: فيها الربا اعتباراً بأنفسها.

والثاني: لا ربا فيها اعتباراً بأصولها.

فصل: فإذا ثبت أن الأدهان المأكولة فيها الربا على ما وصفنا فلا فصل بين المأكول إدماً أو دواء أو غير ذلك من أنواع الأكل، كما لا فصل في غير الأدهان من المأكول قوتاً أو دواء. ثم الأدهان أجناس كأصولها وإن كان أبو علي بن أبي هريرة يخرجها على قولين كاللحمان، والألبان:

أحدهما: أنها جنس.

والثاني: أنها أجناس.

وذهب سائر أصحابنا إلى فساد هذا التخريج وأن الأدهان أجناس مختلفة كما أن أصولها أجناس مختلفة بخلاف اللحمان والألبان في أحد القولين. والفرق بينهما أن لأصول اللحمان والألبان اسماً جامعاً وهو الحيوان فجاز أن يكون جنساً واحداً، وليس كذلك الأدهان إذ ليس لأصولها اسم جامع فوجب أن تكون أجناساً.

فإذا ثبت أن الأدهان أجناس، فالزيت جنس قال الشافعي رضي الله عنه: وزيت الفجل جنس آخر. لأن الزيت المطلق مستخرج من الزيتون، والزيتون جنس غير الفجل، ثم الشيرج جنس آخر.

فأما دهن الورد ودهن البنفسج إذا قيل فيهما الربا فهما جنس واحد. وكذلك دهن الياسمين والخيري، فهذا كله مع الشيرج جنس واحد لا يختلف فيه المذهب، لأن جميعها من السمسم وإنما يختلف لاختلاف الترتيب.

فإذا كان الجنس واحد حرم فيه التفاضل فإن كانا جنسين جاز فيهما التفاضل.

فعلى هذا يجوز بيع الزيت بالشيرج متفاضلا، ولا يجوز بيع الشيرج بالشيرج إلا متماثلاً. وكان بعض أصحابنا يمنع من بيع الشيرج بالشيرج بكل حال لأن فيه ماء وملحاً لا يمكن استخراجه إلا بهما وهذا يمنع من التماثل.

وهذا خطأ. لأن الماء والملح وإن كان لا يستخرج الشيرج إلا بهما، فيختلفان في ثقل السمسم وهو الكسب. إذ لا يصح اختلاط الماء بالدهن ولا بقاء الماء بين أجزائه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَجُوزُ مِنَ الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مَطْبُوخٌ بِنَيِّىءٍ مِنْهُ بِحَالٍ إِذَا كَانَ إِنَّمَا يَدَّخِرُ مَطْبُوخاً وَلَا مَطْبُوخَ مِنْهُ بِمَطْبُوخٍ لِأَنَّ النَّارَ تَنْقُصُ مِنْ بَعْضٍ أَكْثَرَ

مِمَّا تَنْقُصُ مِنْ بَعْضٍ وَلَيْسَ لَهُ غَايَةٌ يُنْتَهى إِلَيْهَا كَمَا يَكُونُ لِلتَّمْرِ فِي اليَبَسِ غَايَةٌ يُنْتَهى إِلَيْهَا (قال المزني) مَا أَرَىٰ لِاشْتِرَاطِهِ ـ يَعْنِي الشَّافِعِيّ ـ إِذَا كَانَ إِنَّمَا يَدَّخِرُ مَطْبُوخاً مَعْنًى لأَنَّ الْقِيَاسَ أَنَّ مَا ادُّخِرَ وَمَا لَمْ يُدَّخَرْ وَاحِدٌ وَالنَّارُ تَنْقُصُهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

وجملته: أن كل ما دخلته النار لانعقاده واجتماع أجزائه ولم تدخله لإصلاحه وتصفيته، لم يجز المطبوخ منه بالنيء، لأن النار نقصت من أحدهما ولم تنقص من الآخر.

وكذلك لا يجوز أن يباع المطبوخ منه بالمطبوخ لأن النار ربما نقصت من أحدهما أكثر من نقصان الآخر.

ويجوز من الجنسين بكل حال. فعلى هذا لا يجوز بيع الزيت المطبوخ بالنيء ولا بالمطبوخ، ويجوز بيعه بالشيرج النيء والمطبوخ.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يُبَاعُ عَسَلُ نَحْلٍ بِعَسَلِ نَحْلٍ إِلَّا مُصَفَّيَيْنِ مِنَ الشَّمْعِ لأَنَّهُمَا لَوْ بِيعَا وَزْناً وَفِي أَحَدِهِمَا شَمْعٌ وَهُوَ غَيْرُ الْعَسَلِ بِالْعَسَلِ غَيْرَ مَعْلُومٍ وَكَذَلِكَ لَوْ بِيعاً كَيْلاً».

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا يجوز بيع العسل بالعسل إلا مصفيين من الشمع، فإن كان فيهما أو في أحدهما شمع لم يجز. لأن الشمع إن كان في أحدهما كان التفاضل في العسل معلوماً، وإن كان فيهما كان التماثل فيه مجهولاً.

فإن قيل: فهلا جاز بيع العسل بالعسل وفيهما شمع كما جاز بيع التمر بالتمر وفيهما نوى.

قيل: الفرق بين الشمع في العسل وبين النوى في التمر من وجهين:

أحدهما: أن النوى في التمر بعض منه لا يتم صلاح التمر إلا به ولذلك منع من بيع التمر المنقى من النوى بمثله، وليس الشمع كذلك لأنه مباين للعسل وإن جاوره، وتركه فيه مؤد إلى فساده، والتمييز بينهما أبقى لهما، ولذلك جاز بيع العسل المصفى بمثله.

والفرق الثاني: أن النوى في التمر غير مقصود فلم يكن لكونه فيه تأثير والشمع في العسل مقصود فكان اجتماعهما ها هنا يؤدي إلى الجهالة في المقصود منهما.

ألا ترى أن العظم في اللحم لما كان غير مقصود لم يمنع من بيع اللحم باللحم وفيهما عظم.

فإذا ثبت أن بيع العسل بالعسل لا يجوز إلا بعد تصفيتهما من الشمع، فلا يخلو حال التصفية من أحد أمرين:

إما أن يكون بالشمس أو بالنار. فإذا كانت بالشمس لم يمنع من جواز بيعه. وإن كانت بالنار فقد كان بعض أصحابنا يجعل دخول النار في تصفيته مانعاً من بيع بعضه ببعض كدخول النار في الزيت، لأنها تأخذ بعض أجزاء العسل كما تأخذ بعض أجزاء الزيت.

وذهب سائر أصحابنا إلى أن دخول النار في تصفيته لا يمنع من جواز بيع بعضه ببعض وكذلك في السمن بخلاف الزيت المغلي، لأن النار دخلت فيه لإصلاحه وتمييزه من شمعه فلم تأخذ من أجزائه شيئاً، وكذلك السمن وإنما تأخذ النار فيما تدخل فيه لانعقاده واجتماع أجزائه، حتى لو أن العسل المصفى أغلي بالنار لم يجز بيع بعضه ببعض، لأن النار إذا لم تميزه من غيره أذهبت بعض أجزائه.

فصل: فأما السكر والفانيذ فإن ألقي فيهما ماء أو لبن أو جعل فيهما دقيقاً أو غيره لم يجز بيع بعضه ببعض، وإن لم يكن فيهما شيء من ذلك نظر في دخول النار فيهما.

فإن كانت قد دخلت لتصفيتهما وتمييزهما من غيرهما جاز بعضهما ببعض. وإن دخلت لانعقادهما واجتماع أجزائهما لم يجز، وكذلك دبس التمر ورب الفواكه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلاَ خَيْرَ فِي مُدِّ حِنْطَةٍ فِيهَا قَصَلٌ أَوْ زَوَان بِمُدِّ حِنْطَةٍ لاَ شَيْءَ فِيهَا مِنْ ذَلِكَ لأَنَّهَا حِنْطَةٌ بِحِنْطَةٍ مُتَفَاضِلَةٍ وَمَجْهُولَةٍ وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا اخْتَلَطَ بِهِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لاَ يَزِيدُ فِي كَيْلِهِ مِنْ قَلِيلِ التُّرَابِ وَمَا دَقَّ مِنْ تِبْنِهِ فَأَمَّا الْوَزْنُ فَلاَ خَيْرَ فِي مِثْلِ هَذَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال أما القصل فهو عقد التبن التي تبقى في الطعام بعد تصفيته، وأما الشيلم والزوان فهما حبتان تنبتان مع الطعام.

فإذا باع طعاماً فيه قصل أو زوان أو يسلم بطعام ليس فيه شيء من ذلك، كان البيع باطلاً لحصول التفاضل في الطعام بالطعام، وكذلك لو باع طعاماً فيه قصل أو زوان بمثله مما هو فيه قصل أو زوان لم يجز، لعدم التماثل في الطعام بالطعام.

فأما يسير التراب وما دق من التبن إذا حصل في الطعام فبيع بمثله كيلاً جاز، لأن هذا لا يؤثر في المكيال. إذ الطعام إذا كيل حصل بين الحب خلل لا يمتلىء بشيء من الطعام لضيقه. فإذا حصل في الطعام يسير التراب صار في ذلك الخلل فلم يكن له تأثير في الكيل.

قال الشافعي: فأما الوزن فلا خير في مثل هذا. وليس يريد الطعام، لأن بيع الطعام بالطعام وزناً لا يجوز بحال، وإنما يريد به ما يوزن من الورق والذهب إذا بيع بعضه ببعض وفيهما أو في أحدهما يسير من التراب لم يجز، لأن لقليل التراب تأثيراً وإن لم يكن له تأثير في المكيال.

فصل: وأما بيع العلس بالعلس فلا يجوز إلا بعد إخراجه من قشرته لجواز أن تكون

قشرة أحدهما أكثر من قشرة الأخرى فيؤدي إلى التفاضل فيه. وكذلك بيعه بالحنطة قبل تقشيره لأنه صنف منها، ولكن يجوز بيعه بالشعير لأنهما جنسان يجوز فيهما التفاضل.

فأما بيع الأرز بالأرز قبل إخراجه من القشرة العليا لا يجوز كالعلس فأما بعد إخراجه من القشرة العليا وقبل إخراجه من القشرة الثانية الحمراء.

فقد كان بعض أصحابنا يمنع من بيعه فيها بمثله ويجعل النصاب فيه عشرة أوسق كالعلس. وذهب سائر أصحابنا إلى أن هذه القشرة الحمراء اللاصقة به تجري مجرى أجزاء الأرز، لأنه قد يطحن معها ويؤكل أيضاً معها، وإنما يخرج منها متناهياً في استطابته كما يخرج ما لصق بالحنطة من النخالة ثم لم يكن ذلك مانعاً من بيع الحنطة بالحنطة.

وكذلك الأرز في بيعه بالأرز مع قشرته الحمراء ونصابه في الزكاة خمسة أوسق معها كالحنطة مع قشرتها الحمراء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَبَنُ الْغَنَمِ مَاعِزِهِ وَضَأْنِهِ صِنْفٌ وَلَبَنُ الْبَقَرِ عِرَابِهَا وَجَوَامِيسِهَا صِنْفٌ وَلَبَنُ الإِبْلِ مَهْرِيِّهَا وَعَرَابِهَا صِنْفٌ فَأَمَّا إِذَا اخْتَلَفَ الصِّنْفَانِ فَلاَ بَأْسَ مُتَفَاضِلاً يَدَاً بِيَدٍ».

قال الماوردي: اختلف قول الشافعي في الألبان هل هي صنف واحد أو أصناف على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم وبه قال مالك إنها صنف واحد. لأن الاسم الخاص يجمعها عند حدوث الربا فيها، ولا يكون اختلاف أنواعها دليلاً على اختلاف أصنافها وأجناسها، كما أن التمر كله جنس، وليس اختلاف أنواعه دليلاً على اختلاف أجناسه.

والقول الثاني وهو المنصوص عليه في الجديد وأكثر كتبه وبه قال أبو حنيفة، إن الألبان أصناف وأجناس. لأنها فروع لأصول هي أجناس فاقتضى أن يكون أجناساً كالأدقة والأجبان لما كانت فروعاً لأجناس كانت هي أجناساً.

فإذا قيل بالقول الأول إنها جنس واحد لم يجز بيع لبن الإبل بلبن البقر أو الغنم سواء بسواء.

وإذا قيل بالثاني إنها أجناس مختلفة كان لبن الإبل جنساً لكن لا فرق بين البخاتي والعراب. ولبن البقر جنس، ولا فرق بين العرابية والجواميس، ولبن الغنم جنس، ولا فرق بين الضأن والماعز.

فإن كان الجنس واحد حرم فيه التفاضل، وإن كان الجنس مختلفاً جاز فيه التفاضل.

فإن قيل: فهلا منع من بيع اللبن باللبن إذا كان فيهما زبد كما منع من بيع العسل بالعسل إذا

كان فيهما شمع. قيل: بقاء الزبد في اللبن من كمال منافعه، وهو في أغلب الأحوال مـأكول معه، وليس كذلك الشمع في العسـل لأنه ليس من جملتـه ولا مأكـول معه واحـداً. فيستوي سمن الغنم وسمن البقر.

وإن قيل إن الألبان أجناس كانت هذه كلها أجناساً.

فيكون سمن الغنم جنساً، وسمن البقر جنساً والتفاضل بينهما يجوز.

مسألة: قَـالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَلَا خَيْرَ فِي زُبْـدِ غَنَمٍ بِلَبَنِ غَنَمٍ لِأَنَّ الزُّبْـدَ شَيْءٌ مِنَ اللَّبَنِ وَلَا خَيْرَ فِي سَمْنِ غَنَمٍ بِزُبْدِ غَنَمٍ وَإِذَا أُخْرِجَ مِنْهُ الزُّبْدَ فَلَا بَأْسَ أَنْ يُبَاعَ بِـزُبْدٍ وَسَمْنٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

وأصـل هذا الفصـل أن كل شيء كـان متخذاً من اللبن لم يجـز بيعـه بمثـل ذلـك من اللبن.

فـلا يجوز بيـع اللبن الحليب بالـزبد، ولا بـالسمن، ولا بالجبن، ولا بـالمصـل، ولا بـالأقط، ولا بالمخيض لأن في اللبن الحليب زبـداً وسمنـاً وجبنـاً ومصـلاً وأقـطاً ومخيضـاً. والتماثل فيهما معدوم.

قـال الشافعي في تعليـل المنـع من بيـع الـزبـد بـاللبن: لأن الـزبـد شيء من اللبن. واختلف أصحابنا في بيان هذا التعليل.

فكان أبو إسحاق المَرْوزي يقول: معناه أن في الـزبد شيئـاً من اللبن يبقى فلا يخـرجه إلا النار. فيؤدي ذلك إلى بيع اللبن باللبن متفاضلاً.

وقـال جمهور أصحـابنا: إن معنـاه أن في اللبن زبداً، فيؤدي إلى بيـع الزبـد بالـزبـد متفاضلاً. وهذا أصح المعنيين.

لأن ما في الزبد من اللبن يسير غير مقصود.

وفائدة هذا الخلاف تؤثر في بيع الزبد باللبن المخيض.

فعلى قول أبي إسحاق لا يجوز بيع الزبد باللبن المخيض لأن في الزبد لبناً.

وعلى قول الجمهور يجـوز وهو نص الشـافعي لأنه ليس في المخيض زبـد. فأمـا بيع المخيض بالسمن فيجوز على كلا المذهبين، لأنه ليس في السمن لبن ولا في اللبن سمن.

وأما بيع المخيض بالجبن أو المصل أو الأقط، فلا يجوز على كـلا المذهبين. لأن في كل واحد منهما لبناً.

ولا يجوز بيع الجبن بـالمصل، ولا بيـع الأقط بالجبن، لأن جميعـه من لبن يعدم فيـه التماثل.

وهكذا، لا يجوز بيع المخيض باللبن الحليب؛ لأن اللبن الحليب فيه زبد. والمخيض لبن فيه ماء فعدم التماثل بينهما. لكن يجوز بيع اللبن الحليب باللبن الرائب والحامض إذا لم يكن زبدهما ممخوضاً، لأنه بيع لبن فيه زبد بلبن فيه زبد فصار كبيع الحليب بالحليب.

وأما بيع الزبد بالسمن فلا يجوز، لما في الزبد من بقية اللبن التي تمنع من تماثله بالسمن. فهذا الكلام في بيع كل نوع من اللبن بنوع غيره.

فصل: فأما بيع النوع الواحد بمثله:

أما بيع اللبن الحليب باللبن الحليب فيجوز وقد مضى الكلام فيه.

وأما بيع اللبن المخيض باللبن المخيض فلا يجوز، لأن في المخيض ماء قد مخض به لإخراج الزبد منه يمنع من التماثل في اللبن بغير ماء فيجوز بيع لبنه بمثله، إلا أن يكون طريق إخراج الزبد بغير ماء فيجوز بيع لبنه بمثله.

فصل: وأما بيع الزبد بالزبد فقد اختلف أصحابنا في جوازه على وجهين:

أحدهما: لا يجوز لأن في الزبد لبناً باقياً يمنع من التماثل.

والوجه الثاني: وهو أصح عندي وبه قال ابن أبي هريرة أنه يجوز، لأن ما في الزبد من بقايا اللبن يسير غير مقصود فلم يمنع من بيع بعضه ببعض، كالنوى في التمر، وكما يجوز بيع الحليب بالحليب وإن كان فيهما زبد، لأن غير الزبد هو المقصود

فصل: فأما بيع السمن بالسمن فيجوز وإن صفي بالنار، لأن دخول النار فيه لتمييزه وتصفيته.

فإن كان ذائباً لم يبع إلا كيلاً، وإن كان جامداً فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجوز بيع بعضه ببعض، لأن أصله الكيل.

والثاني: يجوز وزناً لأن الوزن أحصر والكيل فيه متعذر. والله أعلم.

فصل: فأما بيع الجبن بالجبن فلا يجوز إن كان رطباً أو ندياً، فإن كان يابساً فعلى قولين:

أحدهما: رواه حرملة. يجوز بيعه إذا تناهى بنفسه وزناً لقيمة المماثلة فيه وأنه غاية اللبن التي ينتهي إليها وهو قول أبي إسحاق المروزي.

والقول الثاني: رواه الربيع وهو الصحيح، أن بيع بعضه ببعض لا يجوز واختلف أصحابنا في العلة المانعة من جوازه.

فقال أبو العباس بن سريج: لأن أصله الكيل وهو فيه متعذر.

وقال غيره: لأن فيه أنفحة تعمل بها تمنع من التماثل فيه فعلى هذا الودق الجبن حتى

عمل فتوتاً، وصار ناعماً جاز بيع بعضه ببعض على قول أبي العباس لإمكان كيله، ولم يجز على قول غيره لبقاء الانفحة فيه.

فصل: وعلى ما ذكرنا، لا يجوز بيع الزيت بالزيتون لأن فيه ما به والتماثل معدوم. وكذا لا يجوز بيع الشيرج بالسمسم، ولا بيع دهن الجوز بالجوز، ولا دهن اللوز باللوز.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الزيت بالزيتون إذا كان الزيت أكثر مما في الزيتون من الزيت، وإن كان مثله أو أقل لم يجز.

ليكون فاضل الزيت في مقابلة عصير الزيتون.

وكذا يقول في بيع جميع الأدهان بأصولها. وفيما ذكرنا دليل عليه. وأصل هذه المسألة إذا باع مد تمر ودرهماً بمدي تمر وقد مضى الكلام فيه. فإن قيل: لم جوزتم بيع السمسم بالسمسم وربما كان دهن أحدهما أكثر من الآخر.

قلنا: دهن السمسم قبل استخراجه تبع لأصله فلا اعتبار بزيادته ونقصه، كما أن زبد اللبن قبل استخراجه تبع لأصله، ولا يمنع من بيع بعضه ببعض مع جواز أن يكون زبد أحدهما أكثر، فأما إذا استخرج دهن السمسم وبقي كسباً وحده فقد حكي عن أبي علي بن أبي هريرة جواز بيع بعضه ببعض. فجوز بيع الكسب بالكسب وزناً، وهذا غير صحيح. بل بيع الكسب بالكسب لا يجوز لأمور:

منها: أن أصله الكيل، والكيل فيه غير ممكن والوزن فيه غير جائز.

ومنها: أن الكسب يختلف عصره، فربما كان ما بقي من دهن أحدهما أكثر من الآخر، فيؤدي إلى التفاضل فيه.

ومنها: أن في الكسب ماء وملحاً لا يمكن استخراج الدهن إلا بهما وذلك يمنع من المماثلة.

فأما بيع طحين السمسم بطحين السمسم قبل استخراج الدهن منهما فلا يجوز باتفاق أبي علي بن أبي هريرة، لأنه ربما كان طحن أحدهما أنعم من الآخر كما قيل في الدقيق. وهذا حجة عليه في بيع الكسب بالكسب إذ أصله الكيل وطحنه مختلف.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ خَيْرَ فِي شَاةٍ فِيهَا لَبَنٌ يُقْدَرُ عَلَى حَلْبِهِ بِلَبَنٍ مِنْ قِبَلِ أَنَّ فِي الشَّاةِ لَبَناً لاَ أَدْرِي كَمْ حِصَّتُهُ مِنَ اللَّبَنِ الَّذِي اشْتَرَيْتَ بِهِ نَقْداً وَإِنْ كَانَتْ نَسِيئَةً فَهُوَ أَفْسَدُ لِلْبَيْعِ وَقَدْ جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ لِلَّبَنِ التَّصْرِيَةَ بَدَلاً وَإِنَّمَا اللَّبَنُ فِي الضَّرْعِ كَالْجُوزِ وَاللُّوزِ المَبِيعِ فِي قِشْرِهِ يَسْتَخْرِجُهُ صاحِبُهُ أَنَّى شَاءَ وَلَيْسَ كَالْوَلَدِ لاَ يَقْدِرُ عَلَى اسْتِخْرَاجِهِ».

قال الماوردي: لا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن.

وقال أبو حنيفة بجوازه، لأن اللبن في الشاة تبع للشاة وغير مقصود في نفسه، ولذلك جازت الجهالة فيه فلما جاز بيع ذلك بالدراهم لكون اللبن في الضرع تبعاً وغير مقصود، جاز بيعه باللبن.

ولأن اللبن لو كان مقصوداً وكان الثمن عليه مقسطاً لجاز إفراده بالعقد فلما لم يجز أن يكون بالعقد مفرداً اقتضى أن يكون تبعاً.

ولأن اللبن نماء كالحمل، فلما كان الحمل تبعاً، فاللبن أولى أن يكون تبعاً، لأن الحمل كأصله، واللبن فرع من فروع أصله.

وهذا خطأ.

والدليل على أن اللبن في الضرع مقصود ويأخذ قسطاً من الثمن أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ لِلَبَنِ التَّصْرِيَةِ بَدَلاً فَقَالَ: إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ[1].

فلولا أن العقد يتناول الشاة ولبنها الذي في الضرع كما يتناوله إذا كان محلوباً في إناء لأسقط عليه السلام غرمه في استهلاكه مع قضائه أن الخراج بالضمان[2].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَحْلِبَنَّ أَحَدُكُم شَاةَ أَخِيهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، ضُرُوعُ مَوَاشِيكُمْ خَزَائِنَ طَعَامِكُمْ، أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْتِيَ خَزَانَةَ أَخِيهِ فَيَأْخُذَ مَا فِيهَا[3].

فجعل ما في الضرع من اللبن مثل ما في الخزانة من المتاع، فلما كان متاع الخزانة مقصوداً يتقسط عليه الثمن وجب أن يكون لبن الضرع مقصوداً يتقسط عليه الثمن.

وإذا ثبت بهذين الخبرين أن لبن الضرع مقصود يتقسط عليه الثمن لم يجز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن، كما لا يجوز بيع شاة ولبن محلوب بلبن، لأجل التفاضل، كما قلنا في مد تمر ودرهم بمدي تمر. فأما استدلاله على كونه تبعاً لجهالة قدره وجواز بيعه بالدراهم فالجواب: أن جهالة قدره غرر، والغرر اليسير في البيع مجوز للضرورة. وبيعه باللبن ربا، والربا اليسير في البيع غير مجوز مع الضرورة. وأما استدلاله بأنه لما لم يجز إفراد لبن الضرع بالعقد دل على أنه ليس له في الثمن قسط.

فالجواب عنه أن يقال: ليس كل ما جاز بيعه مفرداً اقتضى ألا يأخذ من الثمن قسطاً.

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٣٦١ في البيوع حديث (٢١٥٠) ومسلم ٣/١١٥٥ في البيوع حديث (١٥١٥/١١).

(٢) أخرجه الشافعي ٢/١٤٤ في المسند (٤٨١) وأحمد في المسند ٦/٤٩ وأبو داود ٣/٧٧٧ حديث (٣٥٠٨) والترمذي ٣/٥٨١ في البيوع (١٢٨٥) وقال: حسن صحيح والنسائي ٧/٢٥٤ وابن ماجة ٢/٧٥٤ في التجارات حديث (٢٢٤٣).

(٣) أخرجه البخاري ٥/٨٨ في كتاب اللقطة حديث (٢٤٣٥) ومسلم ٣/١٣٥٢ في كتاب اللقطة حديث (١٧٢٦/١٣).

ألا ترى أن الثمرة قبل بدو صلاحها يجوز بيعها تبعاً لنخلها، ولا يجوز بيعها مفرداً وقد أجمعوا أنها تأخذ من الثمن قسطاً.

وكذلك أساس الدار يجوز بيعه تبعاً للدار وإن لم يجز بيعه مفرداً، وقد اتفقوا أنه يأخذ من الثمن قسطاً كذلك اللبن في الضرع.

فأما إلحاقه بالحمل فللشافعي في الحمل قولان:

أحدهما: أنه يأخذ قسطاً من الثمن فعلى هذا يسقط السؤال.

والثاني: يكون تبعاً.

والفرق بينهما: ما ذكره الشافعي: أن اللبن في الضرع كالجوز واللوز المبيع في قشوره يستخرجه صاحبه إذا شاء، وليس كالدر لا يقدر على استخراجه. يعني: أن اللبن في الضرع مقدور عليه، والحمل غير مقدور عليه.

فصل: فأما بيع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن فباطل أيضاً لما ذكرنا.

وقال أبو الطيب بن سلمة: يجوز لأنه لما جاز بيع السمسم بالسمسم وإن كان فيهما دهن غير ظاهر، كذا يجور بيع شاة بشاة وإن كان فيهما لبن غير ظاهر. وهذا خطأ؛ لأن الشاة واللبن جميعاً مقصودان بالعقد على ما بينا، وليس كالدهن في السمسم. لأن دهن السمسم لا يمتاز عن كسبه فيصيران مقصودين، وإنما الدهن تبع فلم يكن به معتبراً وجرى بيع الشاة التي في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن مجرى بيع نخلة فيها رطب بنخلة فيها رطب، لما لم يجز لأن كل واحد من النخل والرطب مقصود، لم يجز في مسألتنا؛ لأن كل واحد من الشاة واللبن مقصود.

فصل: فأما بيع شاة في ضرعها لبن بشاة لبون ليس في ضرعها لبن فجائز لعدم الربا، كما يجوز بيع نخلة فيها رطب بنخلة ليس فيها رطب، ولكن لو باع شاة في ضرعها لبن بشاة مذبوحة ليس في ضرعها لبن لم يجز، لا من جهة الربا ولكن من حيث أن بيع اللحم بالحيوان لا يجوز.

فأما إذا باع شاة في ضرعها لبن ببقرة في ضرعها لبن ففيه قولان

أحدهما: باطل إذا قيل إن الألبان جنس واحد.

والثاني: يجوز إذا قيل إن الألبان أجناس.

وإذا كان بيع الشاة التي في ضرعها لبن لا يجوز باللبن لم يجز أيضاً بالزبد ولا بالسمن ولا بالمصل ولا بالأقط كما لا يجوز بيع اللبن بشيء من ذلك.

فصل: فأما إذا باع دجاجة فيها بيض ببيض فعلى قولين مخرجين من اختلاف قوليه في الحمل. هل يكون تبعاً أو يأخذ قسطاً من الثمن، لأن البيض كالحمل.

فإن قيل إن الحمل تبع جاز بيع الدجاجة التي فيها بيض بالبيض، لأن ما مع الدجاجة من البيض تبع.

وإن قيل إن الحمل يأخذ قسطاً من الثمن لم يجز، لأن بيع البيض بالبيض لا يجوز على قوله الجديد.

فصل: إذا باعه داراً فيها ماء بدار فيها ماء. فإن قيل إن الماء لا ربا فيه على أحد الوجهين جاز هذا بكل حال، وإن قيل في الماء الربا لم يخل حال الماء الذي في الدار من أحد أمرين:

إما أن يكون محرزاً في الأجباب أو حاصلاً في الآبار.

فإن كان في الأجباب فهو مملوك لا يختلف، وهذا بيع غير جائز خوف التفاضل في الماء، كما لا يجوز بيع شاة معها لبن بشاة معها لبن.

وإن كان الماء في الآبار فقد كان بعض أصحابنا يزعم أن ماء البئر يكون ملكاً لمالك البئر كما يملك بالإجارة في الأجباب.

فعلى هذا يمنع من بيع دار ذات بئر فيها ماء بدار ذات بئر فيها ماء إلا أن يكون الماء ملحاً فيجوز، لأن الماء الملح غير مشروب ولا ربا فيه.

وذهب جمهور أصحابنا وهو ظاهر مذهب الشافعي إلى أن ماء البئر لا يملك إلا بالأخذ والإجارة، وكذلك ماء العين والنهر وإنما يكون لمالك البئر منع غيره من التصرف في بئره أو نهره. فإن تصرف غيره وأجاز المالك كان ما أجازه أملك به من صاحب البئر.

وإنما لم يملك ماء البئر إلا بالإجارة لأمرين:

أحدهما: أن من ا شترى داراً ذات بئر فاستعمل ماءها ثم ردها بعيب لم يلزمه للماء غرم، ولو كان مملوكاً لزمه غرمه كما يغرم لبن الضرع.

والثاني: أن مستأجر الدار له أن يستعمل ماء البئر ولو كان على ملك صاحب الدار لم يكن له استعماله. فثبت بهذين أن الماء لا يملك إلا بالإجارة.

فعلى هذا يجوز بيع دار ذات بئر فيها ماء بدار ذات بئر فيها ماء.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَا لَمْ يَجُزِ التَّفَاضُلُ فِيهِ فَالقسمُ فِيهِ كَالْبَيْعِ».

قال الماوردي: اختلف قول الشافعي في القسمة على قولين:

أحدهما: أنها بيع.

والثاني: أنها إفراز حق وتمييز نصيب.

وإنما اختلف قوله فيها لاختلاف قوله في خرص رسول الله ﷺ ثمار المدينة وأعناب الطائف فهل كان لمعرفة قدر الزكاة أو لإفراز حقوق أهل السهمان؟ فإذا قيل خرصها لمعرفة قدر الزكاة فيها وإنما كان إفراز الحق تبعاً لمعرفتها.

فعلى هذا القول لا تجوز قسمة الثمار خرصاً وتكون القسمة بيعاً.

وإذا قيل إنما خرصها لإفراز حق أهل السهمان منها جاز قسمة الثمار خرصاً وكانت القسمة إفراز حق وتمييز نصيب.

فإذا قيل إن القسمة بيع وهو مذهب أبي حنيفة وأشهر القولين فوجهه:

أن الشريكين في الدار كل جزء منها بينهما نصفان. فإذا اقتسما فأخذ أحدهما مقدم الدار وأخذ الآخر مؤخرها صار صاحب المقدم بائعاً لحصته من مؤخر الدار بحصة شريكه من مقدمها، لأنه نقل ملك بملك وهذا هو البيع المحض.

وإذا قيل إن القسمة إفراز حق وتمييز نصيب فوجهه أربعة أشياء: **أحدها**: أن القسمة لما خالفت البيع في الاسم وجب أن تخالف البيع في الحكم لأن اختلاف الأسامي دليل على اختلاف المعاني.

والثاني: أن القسمة لما دخلها الجبر والإكراه، ولم يصح البيع مع الجبر والإكراه، دل على اختلافهما وعدم التسوية بين حكميهما.

والثالث: أنه لما صح دخول القرعة في تعيين الملك بالقسمة ولم يصح دخول القرعة في تعيين الملك بالبيع حتى يكون معيناً بالعقد دل على أن القسمة مخالفة للبيع.

والرابع: أنه لما كان من أحكام البيع استحقاق الشفعة وضمان الدرك، وانتفى عن القسمة استحقاق الشفعة وضمان الدرك دل على تنافي حكميهما وعدم الجمع بينهما.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، فإذا قيل إن القسمة بيع فلا يخلو حال الجنس الذي يريد الشريكان قسمته من أحد أمرين:

إما أن يكون مما فيه الربا أم لا.

فإن لم يكن فيه الربا كالثياب والحيوان والصفر والنحاس، جاز لهما أن يقتسماه، كيف شاءا، وزناً وعدداً وجزافاً ومتفاضلاً، لأن التفاضل في بيع ما لا ربا فيه جائز، ويجوز اشتراط الخيار فيه.

وإن كان مما فيه الربا فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون جنساً يجوز بيع بعضه ببعض كالحنطة. فلا يجوز أن يقتسماه إلا كيلاً متساوياً ويتقابضا قبل التفرق، ولا يصح منهما اشتراط الخيار فيه، ولا يثبت لهما خيار المجلس، فتكون صحة هذه القسمة معتبرة بخمسة شروط.

أحدها: أن يقتسماه كيلاً لأن الحنطة الأصل فيها الكيل وإن اقتسماه وزناً لم يجز إلا أن يكون جنساً أصله الوزن، فإن اقتسماه كيلاً لم يجز.

وإذا كانت الصبرة بينهما نصفين أخذ هذا قفيزاً وأخذ صاحب الثلث قفيزاً.

وإن كانت بينهما أثلاثاً أخذ صاحب الثلثين قفيزين وأخذ صاحب الثلث قفيزاً.

ولا يجوز لأحدهما أن يستوفي جميع حصته من الصبرة ثم يكتال الآخر ما بقي لجواز أن يتلف الباقي قبل أن يكتاله الشريك الأخر.

ولأنهما قد استويا في الملك فوجب أن يستويا في القبض.

فإن اتفقاعلى المبتدىء منهما بأخذ القفيز الأول وإلا أقرع بينهما في أخذه، ويكون استقرار ملك الأول على ما أخذه موقوفاً على أن يأخذ الآخر مثله.

فلو أخذ الأول قفيزاً فهلكت الصبرة قبل أن يأخذ الثاني مثله لم يستقر ملك الأول على القفيز، وكان الثاني شريكاً له فيه، ليملك كل واحد منهما بالقسمة مثل ما ملكه صاحبه، فهذا أحد الشروط وفروعه.

والشرط الثاني: أن يتساويا في قبض حقوقهما من غير تفاضل، وإذا كانت الصبرة بينهما نصفين لم يجز أن يزداد أحدهما على أخذ النصف شيئاً ولا أن ينقص منه شيئاً؛ لأنه إن ازداد أو نقص صار بائعاً للطعام بالطعام متفاضلاً وذلك حرام.

وكذلك لا يجوز أن يأخذ أحدهما نصف الصبرة وثوباً أو يأخذ الآخر نصفها ويعطي ثوباً لحصول التفاضل فيه.

فإن كانت الصبرة بينهما أثلاثاً اقتسماها كذلك، فأخذ صاحب الثلثين ثلثي الصبر من غير أن يزداد شيئاً أو ينقص.

فإن قيل فهذا يوقع تفاضلاً في بيع الطعام بالطعام. قيل: التساوي بينهما معتبر بقدر الحق لا بالتماثل في القدر.

فإذا أخذ كل واحد منهما قدر حقه فقد تساويا وإن كانت الحقوق متفاضلة بخلاف البيع المبتدأ.

والشرط الثالث: أن يكون كل واحد منهما أو وكيله قابضاً ومقبضاً، لأن له حقاً وعليه حقاً. فله قبض حقه وعليه إقباض حق شريكه، فإن قبض عن نفسه من غير إقباض الشريك حقه لم يجز، وإن أقبض شريكه حقه من غير قبض حق نفسه لم يجز، لأنها مناقلة بين متعاوضين فلزم فيها القبض والإقباض معاً.

فلو أذن أحدهما لشريكه في القبض له والإقباض عنه لم يجز، لأنه يصير قابضاً من نفسه ومقبضاً عنها.

وكذا لو أذن كل واحد لـزيد في القبض لـه والإقباض عنـه لم يجز حتى يتـولى القبض والإقباض اثنان.

والشرط الرابع: أن يتقابضا قبل التفرق وقبضهما بالكيل وحـده دون التحويـل بخلاف البيع.

والفـرق بين البيع حيث كـان التحويـل في قبضـه معتبـراً وبين القسمـة حيث لم يكن التحويل في قبضها معتبراً. أن المبيـع مضمون على بـائعه بـاليد فـاعتبر في قبضـه التحويـل لترتفع اليـد فيسقط الضمان، وليس في القسمـة ضمان يسقط بـالقبض وإنما هي مـوضوعـة للإجازة وبالكيل دون التحويل تقع الإجازة.

فلو تقابضا بعض الصبرة ولم يتقابضا باقيها حتى افترقا صحت القسمة فيما تقابضا قولاً واحداً إذا صار إلى كل واحد من حقه مثل ما صار إلى صـاحبه، وكـانت الشركـة بينهما فيمـا بقي من الصبرة على ما كانت عليه من الإشاعة.

والشرط الخامس: وقـوع القسمة نـاجزة من غيـر خيار يستحق فيهـا. لا خيار الثـلاث بالشرط، ولا خيار المجلس المستحق في البيع.

أما خيار المجلس فلأنه موضوع في البيع لاستدراك الغبن مع بقايـا أحكام العقـد قبل الافتراق، وليست هذه القسمة وإن كانت بيعاً مثله لأن المحاباة والغبن قد انتفيا عنها ولم يبق بعد الإجازة للقسمة حكم في الشركة فيثبت الخيار فيها. فبهذين سقط خيار المجلس.

فأما خيـار الثلاث فهـو أسقط، لأن خيار المجلس أثبت في العقـود من خيار الثـلاث، فإذا سقط خيار المجلس فأولى أن يسقط خيار الثلاث.

فهذه خمسة شروط معتبرة في قسم هذا الضرب وهو ما يجوز بيع بعضـه ببعض. فأمـا الضرب الثاني وهو ما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب، والعنب، والبقول، والخضـر، فلا يصـح أن يقتسمه الشـريكان كيـلاً ولا وزناً ولا جـزافاً على هـذا القول، لتحـريم بيع بعضـه ببعض.

والوجه في ارتفاع الشركة بينهما فيه، صنف من البيوع.

وهـو أن يجعلا ذلـك حصتين متميزتين ثم يبيـع أحدهمـا حقه من إحـدى الحصتين على شريكه بدينار، ويبتاع منه حقه من الحصة الأخرى بدينار.

فتصير إحدى الحصتين بكمالها لأحد الشريكين وعليه دينار، والحصة الأخرى بكمالها للشريك الآخر وعليه دينار.

ثم يتقـابضان الـدينار بـالدينـار، فيكون هـذا بيعاً يجـري عليه جميـع أحكـام البيـوع المشاعة.

فهذا جملة الكلام في القسمة إذا قيل إنها بيع.

فصل: فأما إذا قيل إنها إفراز حق وتمييز نصيب. جاز لهما أن يتقاسما كل جنس بينهما مما فيه الربا أو لا ربا فيه كيف شاءا كيلاً ووزناً وجزافاً.

فإن كان ذلك مما يختلف أجزاؤه كالثياب والحيوان فلا بد من اجتماعهما على القسمة حتى يكون كل واحد منهما قابضاً ومقبضاً.

فإذا انفرد أحدهما بأخذ حصته لم يجز وكان ما أخذه بينه وبين شريكه وعليه ضمان حصة شريكه منه، وما بقي أيضاً بينه وبين شريكه لكن لا يضمن حصة شريكه منه.

وإن كان ذلك مما يتماثل أجزاؤه ولا يختلف كالحبوب والأدهان جاز أن ينفرد أحدهما بأخذ حصته عن إذن شريكه.

والفرق بينهما: أن ما يختلف أجزاؤه يحتاج إلى اجتهاد في استيفاء الحق ونظر في طلب الأحظ فلم يجز أن ينفرد أحدهما بالقسمة وإن أذن له الشريك.

وليس كذلك ما كانت أجزاؤه متماثلة لأن الحق فيه مقدر لا يفتقر إلى اجتهاد في استيفائه ولا إلى نظر في طلب الأحظ في أخذه، فجاز أن ينفرد أحدهما بأخذ حصته عن إذن شريكه، فإن استفضل أكثر من حقه وبان وظهر، رجع عليه بما استفضل. ولا يجوز على القول الأول فيما تماثلت أجزاؤه أن ينفرد أحدهما بالقسمة عن إذن شريكه وإن جاز على هذا القول.

والفرق بينهما: أنه على القول الأول بيع، والبيع لا يجوز أن ينفرد به أحدهما. وهو على هذا القول إفراز حق لا يمتنع أن ينفرد به أحدهما.

فعلى هذا القول لو انفرد أحد الشريكين بأخذ حقه من غير إذن شريكه ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن لشريكه حق الإشاعة فلم يسقط إلا بإذن.

فعلى هذا يكون ما أجازه الشريك مشاعاً وهو ضامن لحصة شريكه منه.

والوجه الثاني: يجوز. لأنه لو استأذنه لم يكن له أن يمنعه فجاز إذا استوفى قدر حقه ألا يستأذنه. والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ تَمْرٍ بِرُطَبٍ بِحَالٍ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ؟» فَنَهَى عَنْهُ فَنَظَرَ إِلَى الْمُتَعَقِّبِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

بيع التمر بالرطب لا يجوز. وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد وعامة الفقهاء وقال أبو حنيفة يجوز.

استدلالاً بأن التمر والرطب ليس يخلو حالهما من أن يكونا جنساً واحداً أو جنسين. فإن كانا جنساً واحداً جاز بيع بعضه ببعض متساوياً حال العقد.

وإن كانا جنسين فبيع أحدهما بالآخر أجوز.

قال: ولأن الرطب نوع من التمر ينقص باليبس وطول المكث فلم يجز أن يكون ذلك مانعاً من بيعه بتمر من جنسه هو أكثر من يبسه كما جاز بيع التمر الحديث بالتمر العتيق وإن كان الحديث ينقص إذا صار كالعتيق.

قال: ولأن التماثل في الجنس معتبر بحال العقد ولا اعتبار بحدوث التفاضل فيما بعد كالسمسم يجوز بيعه بالسمسم إذا تماثلا وإن جاز بعد استخراجهما دهناً أن يتفاضلا.

قال: ولأنه لما جاز عندكم بيع العرايا وهي تمر برطب على رؤوس النخل لا يقدر على تماثلهما كيلاً إلا بالخرص كان بيع التمر بالرطب المقدور على تماثلهما بالكيل أجوز وهو من الربا أبعد.

والدلالة على ما قلنا رواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الرّطبِ بِالتَّمْرِ كَيْلاً وَعَنْ بَيْعِ الْعِنَبِ بِالزَّيْتِ كَيْلاً، وَعَنْ بَيْعِ الزَّرْعِ بِالْحِنْطَةِ كَيْلاً[١]. وهذا نص.

فإن قيل: إنما خص بالنهي التمر بالرطب إذا كان على رؤوس النخل لأنه وارد في المزابنة. قيل: هذا تأويل يفسد من وجهين:

أحدهما: أنه تخصيص عموم بدعوى.

والثاني: أنه نهى عن ذلك بالكيل وكيل ما على رؤوس النخل غير ممكن، فعلم أن النهي وارد فيما الكيل فيه ممكن.

وروى بشير بن يسار عن سهل بن أبي حثمة أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الرُّطبِ بِالتَّمْرِ إِلَّا أَنَّهُ رَخَّصَ فِي الْعَرَايَا أَنْ تُبَاعَ بِخَرْصِهَا تَمْراً يأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَباً[٢]. فإن قيل: فيحصل النهي عن بيع ذلك بالخرص لأنه استثنى العرايا منها بالخرص.

قيل: النهي إذا كان عاماً لا يجوز أن يصير مخصوصاً بالاستثناء إذا كان خاصاً.

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٤٩ حديث (٢١٨٥) ومسلم ٣/١١٧١ في كتاب البيوع حديث (١٥٤٢/٧٢).

(٢) أخرجه البخاري ٤/٣٨٧ في كتاب البيوع حديث (٢١٩١) ومسلم ٣/١١٧٠ في البيوع حديث (١٥٤٠/٦٧).

وروى الشافعي عن مالك عن عبد الله بن زيد أن زيداً أبا عياش أخبره عن سعد بن أبي وقاص أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بِالرُّطبِ فَقَالَ: أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ قِيلَ نَعَمْ. قَالَ: فَلَا إِذاً[1].

وهذا أظهر الأخبار الثلاثة دليلاً وتعليلاً.

اعترضوا على هذا الحديث من ثلاثة أوجه:

أحدها: طعنهم في راويه فقالوا لم يرد إلا من جهة زيد بن عياش وهو ضعيف متروك الحديث.

والجواب عن هذا أن زيداً أبا عياش ثقة من أهل المدينة مقبول الحديث وهو مولى لبني مخزوم. وقد روى عنه عبد الله بن زيد، وعمران بن أبي أنس وغيرهما من وجوه أصحاب الحديث، وقد ذكر هذا الحديث أبو داود في سننه وأثنى عليه أبو عيسى الترمذي في حديثه.

الاعتراض الثاني: قدحهم في متنه، فقالوا: لا يجوز أن يخفى على النبي ﷺ أن الرطب ينقص إذا صار تمراً حتى يسأل عنه. ومثل هذا لا يخفى على النساء والصبيان.

والجواب: أن هذا السؤال وإن خرج مخرج الاستفهام فليس المقصود به الاستفهام، وإنما قصد به التقرير كما قال تعالى: ﴿وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَا مُوسَى﴾ [طه: ١٧]. فلم يكن ذلك استفهاماً من الله تعالى وإنما كان تقريراً على موسى.

كذلك هذا السؤال من رسول الله ﷺ على وجه التقرير لينبه به على العلة، وأن كل ما ينقص إن يبس من سائر الأجناس فلا يجوز بيع بعضه ببعض. ولو أجاب من غير تقرير لكان الجواب مقصوراً على السؤال.

الاعتراض الثالث: أن الحديث محمول على الإرشاد والمشورة كأن كان مشتري الرطب سأله مستشيراً في الشراء، فقال لا لأنه ينقص عليك إذا يبس.

والجواب عنه: أن هذا تأويل يخالف العادة بغير دليل. لأن العرف في سؤال النبي ﷺ أنه عن الأحكام التي يختص بعلمها دون المتاجر التي قد يشاركونه في العلم بها وأن جوابه عنها جواب شرعي ونهيه عنها نهي حكمي فلا جائز أن يعدل بالسؤال والجواب عن موضوعهما والعرف القائم فيهما.

---

(١) أخرجه أبو داود في السنن ٣/٢٥١ في البيوع حديث (٣٣٥٩) والترمذي ٣/٥٢٨ في البيوع (١٢٢٥) وقال: حسن صحيح والنسائي ٧/٢٦٨ في البيوع وابن ماجة ٢/٧٦١ حديث (٢٢٦٤) ومالك في الموطأ ٢/٦٢٤ حديث (٢٢) والشافعي في المسند ٢/١٥٩ حديث (٥١) والحاكم في المستدرك ٢/٣٨ والبيهقي ٥/٢٩٤.

ودليلنا من طريق المعنى: أنه جنس فيه الربا فلم يجز بيع رطبه بيابسه متساويين كالحنطة بالعجين والخبز بالدقيق.

فإن قيل: إنما لم يجز بيع الدقيق بالحنطة لأن طحن الدقيق صنعة يعاوض عليها فصار في خبز الدقيق عوض ليس في مقابلته شيء، وليس جفاف التمر بصنعة يعاوض عليها فجاز بيعه بالرطب. قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أنه لو كان هذا صحيحاً لجاز على أصلكم التفاضل في بيع الدقيق بالحنطة حتى يجيزوا بيع صاع من دقيق بصاعين من حنطة ليكون صاع بصاع والصاع الفاضل من الحنطة بإزاء ما في الدقيق من الصنعة، فلما لم تقولوا بهذا دل على أنكم لم تجعلوا للصنعة قيمة.

والجواب الثاني: أن الصنعة لا تقوم في عقود الربا ولا تأثير لدخولها فيه. ألا ترى أنه لو ابتاع حلياً مصبوغاً بذهب مسبوك جاز إذا تماثلا ولا يكون وجود الصنعة في أحدهما دليلاً على فساد العقد عليهما، كذلك الدقيق بالحنطة ليس المنع من العقد عليهما لأجل ما في الدقيق من الصنعة، وإذا لم يكن لهذا المعنى ثبت أنه لما ذكرنا من اختلافهما في حال الادخار.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لا يخلو أن يكون جنساً أو جنسين وإن تقابلوا بمثله في بيع الدقيق بالحنطة ثم يقال هما وإن كانا جنساً واحدا فقد اختلفا في حال الادخار فهنا لم يجز بيع أحدهما بالآخر.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن نقصان الرطب إذا صار تمراً كنقصان الحديث إذا صار عتيقاً ثم لم يمنع حدوث النقصان من بيع الحديث بالعتيق، كذلك لا يمنع في بيع التمر بالرطب من وجهين:

أحدهما: أن الحديث والعتيق قد بلغا حال الادخار فجاز بيع أحدهما بالآخر وإن نقصا فيما بعد، وليس كذلك الرطب لأنه لم يبلغ حال الادخار.

والثاني: أن نقصان الحديث إذا صار عتيقاً يسير لا يضبط فكان معفواً عنه كالفضل بين الكيلين والوزنين لما كان يسيراً لا يضبط عفي عنه، ونقصان الرطب كثير فلم يعف عنه.

ألا ترى أن بيع الطعام الحديث بالطعام العتيق جائز وإن كان الحديث أندى والعتيق أيسر لأن ما بينهما يسير فعفي عنه ولو كان الطعام مبلولاً لم يجز بيعه بالطعام لأن ما بينهما كثير فلم يعف عنه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن التماثل معتبر حال العقد وإن حدث التفاضل فيما بعد

كالسمسم بالسمسم. قلنا: التماثل معتبر بحال الادخار، والسمسم مدخر فصح التماثل فيه والرطب غير مدخر فلم يصح التماثل فيه.

وأما الجواب عن استدلالهم بالعرايا فهو أن العرايا وإن جوزناها لتخصيص الشرع لها فلأننا اعتبرنا المماثلة حال الادخار وأنتم أسقطتم اعتبار المماثلة حال الادخار، ثم المماثلة مأخوذة بالشرع فورد الشرع في مماثلة العرايا بالخرص وفي غيرها بالكيل.

فصل: فإذا تقرر أن بيع التمر بالرطب لا يجوز فكذلك الزبيب بالعنب لا يجوز، والفواكه كلها لا يجوز بيع رطبها بيابسها.

فإذا اختلف الجنسان جاز بيع يابس أحدهما برطب الآخر، ورطب أحدهما برطب الآخر.

وأما النوعان من الجنس الواحد كالرطب البرني والرطب المعقلي فحكمهما حكم الجنس الواحد. لا يجوز بيع تمر أحدهما برطب الآخر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَكَذَلِكَ لاَ يَجُوزُ بَيْعُ رُطَبٍ بِرُطَبٍ لأَنَّهُمَا فِي الْمُتَعَقَّبِ مَجْهُولاَ الْمِثْلِ تَمْراً».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

بيع الرطب بالرطب لا يجوز. وقال مالك وأبو حنيفة وصاحباه والمزني يجوز.

استدلالاً بأن الرطب أكثر منافعه فجاز بيع بعضه ببعض رطباً وإن نقص بعد يبسه كاللبن. ولأن نقصان الرطب إذا بيع بالرطب من طرفيه جميعاً فتساويا في حال كونهما رطباً وتساويا بعد جفافهما تمراً.

فلما جاز بيعهما تمراً لتساويهما في الجفاف جاز بيع رطبهما لتساويهما في الرطوبة.

ودليلنا قوله ﷺ: «أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ؟. قَالُوا نَعَمْ. قال: فَلاَ إِذاً». فجعل علة المنع حدوث النقصان فيما بعد، وهذه العلة موجودة في بيع الرطب بالرطب كوجودهما في بيع التمر بالرطب.

ولأنه لما كان النقص في بيع الرطب بالتمر من أحد الطرفين مانعاً من البيع كان النقص في بيع الرطب بالرطب من الطرفين معاً أولى أن يكون مانعاً من البيع. ولأن الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل، فلما كان العلم بالتفاضل في بيع التمر بالرطب مانعاً من صحة البيع لنقصان الرطب إذا صار تمراً، وجب أن يكون الجهل بالتماثل في بيع الرطب بالرطب مانعاً من صحة البيع لجواز أن يكون نقص أحد الطرفين أكثر من نقص الآخر إذا صار تمراً والكلام في هذه المسألة يختص بمالك والمزني ومن وافقنا في المنع من بيع التمر بالرطب.

فأما أبو حنيفة فالكلام معه في هذه المسألة مبني على الكلام في التي قبلها. وأما الجواب عن استدلالهم باللبن فهو أن أكمل مناقع اللبن يوجد إذا كان لبناً. فجاز بيع بعضه ببعض لكمال منافعه، وليس كذلك الرطب لأن كمال منافعه يكون إذا يبس، إذ كل شيء أمكن أن يعمل من الرطب أمكن أن يعمل من التمر، وليس كل شيء أمكن أن يعمل من اللبن أمكن أن يعمل من الجبن والمصل.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن نقصهما قد استوى من الطرفين فهو ما ذكرناه دليلاً أن ذلك أبلغ في المنع. على أنهما لا يستويان في النقص إذا نقص الرطب يختلف باختلاف أنواعه ويتباين بتباين أزمانه.

فصل: فإذا ثبت أن بيع الرطب بالرطب لا يجوز وبيع التمر بالرطب لا يجوز فكذا كل ما يصير رطباً وتمراً لا يجوز بيعه بالرطب ولا بالتمر كالبلح و الخلال، والبسر لا يجوز بيعه برطب ولا بتمر، وكذا كل ما يتخذ من التمر والرطب كالدبس والناطق لا يجوز بيعه بالتمر والرطب ولا بما يصير تمراً ورطباً كالبلح والخلال والبسر. فأما بيع الطلع بالرطب والتمر فقد اختلف فيه أصحابنا على ثلاثة مذاهب:

أحدها: جوازه لأنه لم ينعقد فشابه بيع القصيل بالحنطة.

والثاني: لا يجوز بخلاف القصيل بالحنطة لأن نفس الطلع يصير رطباً وتمراً، وليس يصير نفس القصيل حنطة وإنما تنعقد فيه الحنطة.

والثالث: وهو أصح أنه إن كان من طلع الفحول جاز كالقصيل لأنه لا يصير رطبا.

وإن كان من طلع الإناث لم يجز لأنه يصير رطباً.

وكان أبو العباس بن سريج يجيز بيع الرطب الذي لا يصير تمراً بمثله لأنها حال كمال منافعه كاللبن. وليس هذا صحيحاً لأن النادر من الجنس يلحق بالغالب منه في الحكم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ قَمْحٌ مَبْلُوْلٌ بِقَمْحٍ جَافٍّ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا يجوز بيع الحنطة المبلولة بالحنطة اليابسة. لأن المبلولة تنقص إذا جفت ويبست، كما لا يجوز بيع التمر بالرطب.

وكذا لا يجوز بيع الحنطة المبلولة بالحنطة المبلولة لجواز أن يختلفا في النقصان إذا يبسا كما لا يجوز بيع الرطب بالرطب.

وكذا لا يجوز بيع الحنطة المقلوة بالحنطة النية لأن النار قد أخذت من أجزاء المقلوة وأحدثت فيها انتفاخاً يمنع من المماثلة، كما لا يجوز بيع الزيت المغلي بالزيت النيء.

وكذا لا يجوز بيع الحنطة المقلوة بالحنطة المقلوة لأن ما أحدثته النار فيهما قد يختلف، كما لا يجوز بيع الزيت المغلي بالزيت المغلي.

وكذا لا يجوز بيع النشا بالحنطة ولا بالنشا لما ذكرنا من المعنى.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا كَانَ الْمُتَبَايِعَانِ الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ بِأَعْيَانِهِمَا إِذَا تَفَرَّقَا قَبْلَ الْقَبْضِ كَانَا فِي مَعْنَى مَنْ لَمْ يُبَايِعْ دَلَّ عَلَى أَنَّ كُلَّ سِلْعَةٍ بَاعَهَا فَهَلَكَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ فَمِنَ مَالِ بَائِعِهَا لأَنَّهُ كَانَ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهَا فَلَمَّا هَلَكَتْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذُ ثَمَنِهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

إذا تلفت السلعة المبيعة في يد بائعها قبل قبض المشتري لها بطل البيع وكانت من ضمان البائع واستحق المشتري استرجاع الثمن سواء بذلها البائع فامتنع المشتري من قبضها، أو طلبها المشتري فامتنع البائع من إقباضها. هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة وصاحباه. وقال مالك: لا يبطل البيع بتلفها وهي مضمونة على المشتري بثمنها.

فإن كان المشتري قد طلبها من البائع فامتنع عليه ضمنها البائع بالقيمة كالغاصب. وإن لم يكن المشتري طلبها فلا ضمان على البائع كالمودع. وبه قال أحمد وإسحاق.

وقال النخعي إن كان البائع قد بذلها للمشتري فامتنع من قبضها لم يبطل البيع بتلفها وكانت مضمونة على المشتري بالثمن وإن لم يبذلها للمشتري حتى هلكت بطل البيع وكانت مضمونة على البائع وإلى هذا القول مال محمد بن سيرين.

واستدل من أمضى البيع مع تلفها بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ. فجعل الخراج ملكاً لمن عليه الضمان فلما كان الخراج للمشتري وإن لم يقبض وجب أن تكون مضمونة عليه وإن لم يقبض.

وقد يتحرر دليل هذا الخبر قياساً فيقال: لأنه مبيع ملك المشتري خراجه فوجب أن يلزمه ضمان كالمقبوض.

ولأن ضمان الثمن في مقابلة ملك الثمن فلما كان الثمن المبيع في ملك المشتري وإن لم يقبضه، وجب أن يكون ثمن المبيع مضموناً على المشتري وإن لم يقبضه.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه أن الله تعالى جعل القبض موجباً لتمام العقد فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٨] فجعل المقبوض مما قد استقر عليه الملك فلم يوجب استرجاعه وما ليس بمقبوض مما لم يستقر عليه ملك فأوجب رده، ولذلك قلنا: إن عقود المشركين إذا تقابضوها، ممضاة، وإن عقدت فاسدة.

فلما كان القبض موجباً لاستقرار الملك، وعدم القبض مانعاً من استقرار الملك. اقتضى أن يكون ما تلف قبل استقرار ملك المشتري عليه لا يلزمه ضمانه ويبطل عقده.

وروي عن النبي ﷺ أَنَّهِ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ، وَرِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ(١) فأخبر أن ما لم يقبض غير مضمون فمنع من طلب الربح فيه.

وروي عن النبي ﷺ أنه قَالَ: أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أخيه(٢).

فمنع من المطالبة بالثمن لتلف الثمرة قبل القبض ونبه على حكم كل مبيع تلف قبل القبض.

والدليل من طريق المعنى تعليل الشافعي وتحريره.

أنه قبض مستحق بعقد فوجب أن يكون فواته مبطلاً للعقد كالصرف.

ولأنه مبيع تلف قبل القبض فوجب أن يكونْ مسقط للضمان مبطلاً للعقد كالقفيز المبيع من الصبرة إذا تلف جميعها قبل القبض.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ فمن وجهين:

أحدهما: أنه لا دليل فيه لأنه جعل الخراج لمن عليه الضمان وهم عكسوا الأمر فجعلوا الضمان على من له الخراج.

والثاني: أنه يرجع عليهم لأنهم يقولون إنه مضمون على البائع بالقيمة والخراج للمشتري. فلما جاز أن يكون مضموناً على البائع بالقيمة وإن كان الخراج للمشتري فلم لا جاز أن يكون مضموناً على البائع بالثمن ويكون الخراج للمشتري.

وأما قياسهم على المقبوض فالمعنى في المقبوض استقرار ملكه عليه بالقبض، وليس كذلك غير المقبوض.

وأما الاستدلال بجمعهم بين الثمن والمثمن فمنتقض بالقفيز من الصبرة، ثم يقال: هما سواء في أن ملك كل واحد من البائع والمشتري على الثمن والمثمن غير مستقر قبل القبض وستأتي هذه المسألة من بعد إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا اشْتَرَى بِالدَّنَانِيرِ دَرَاهِمَ بِأَعْيَانِهَا فَلَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يُعْطِي غَيْرَ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْبَيْعُ».

---

(١) هذا الحديث ملفق من حديثين فالشطر الأول منه أخرجه من حديث عبدالله بن عمر البخاري ٤/٣٤٤ حديث (٢١٢٦) ومسلم ٣/١١٦٠ حديث ٣٢/١٥٢٦
والثاني: أخرجه الطيالسي في المسند ص ٢٩٨ حديث (٢٢٥٧) وأحمد ٢/١٧٨ وأبو داود ٣/٧٦٩ في البيوع (٣٥٠٤) والترمذي ٣/٥٣٥ حديث (١٢٣٤) وقال: حسن صحيح والنسائي ٧/٢٨٨ وابن ماجة ٢/٧٣٧ حديث (٢١٨٨) بلفظ لا يحل....

(٢) أخرجه البخاري ٤/٣٩٨ حديث (٢١٩٨) ومسلم ٣/١١٩٠) في المساقاة حديث (١٥/١٥٥٥).

قال الماوردي: وهذا كما قال.

الدراهم والدنانير تتعين بالعقد. فإذا اشترى دنانير بدراهم معينة أو ثوباً بدنانير معينة تعينت بالعقد.

وفائدة التعيين، أنه لا يجوز للمشتري أن يدفع غير الدراهم التي وقع عليها العقد ومتى تلفت قبل القبض بطل العقد.

وقال أبو حنيفة: الدراهم والدنانير لا تتعين بالعقد ويجوز للمشتري أن يدفع مثل الدراهم التي وقع عليها العقد. فإن تلفت قبل القبض لم يبطل العقد احتجاجاً بقول الفراء إن للثمن شرطين: أن تصحبه الباء وأن يكون في الذمة كقوله: بعتك هذا الثوب بدينار فلما كان اقتران الباء شرطاً لازماً اقتضى أن يكون ثبوته في الذمة شرطاً لازماً فهذا من طريق اللغة ومقتضى اللسان.

فأما من طريق الشرح فما روي عن ابن عمر أنه قال: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَبِيعُ الإِبِلَ بِالدَّنَانِيرِ وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَآخُذُ الدَّنَانِيرَ فَقَالَ: لاَ بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا مَا لَمْ تَتَفَرَّقَا وَبَيْنَكُمَا شَيء[1].

فموضع الدليل من هذا الخبر أن الدراهم والدنانير لو تعينت بالعقد لما جاز أخذ بدلها قبل القبض فلما جاز أخذ به لها دل ذلك على أنها لا تتعين بالعقد.

ولأن الدراهم والدنانير لما جاز إطلاق ذكرها في العقد لم تتعين بالعقد، كما أن غير الدراهم والدنانير من السلع والعروض لما لم يجز إطلاق ذكرها في العقد تعينت بالعقد، ولأن تعيين الدراهم والدنانير غير مفيد لأن الدراهم المعينة كغيرها من ذلك الجنس وإن تكن معينة فلما سقطت فائدة التعيين وجب أن يسقط حكمه كما أن تعيين الميزان والوزان لما كان غير مفيد لم يتعينا وجاز أن يوفيه الثمن بغير ذلك الميزان والوزان.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه قوله ﷺ في حديث عبادة:

لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ وَلَا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إِلَّا سَوَاء بِسَوَاءٍ عَيْناً بِعَيْنٍ.

فوصف الذهب والورق بالتعيين في العقد فدل على تعيينهما فيه.

ولأن كل ما تعين بالقبض جاز أن يتعين بالعقد كالثياب.

ولأن كل ما تعين فيه من غير الأثمان وجب أن تتعين فيه الأثمان كالقبض. ولأن كل سبب تعين به غير الأثمان تعين به الأثمان كالوديعة والغصب. ولأن كل ما تعين مصنوعه بالعقد وجب أن يتعين به غير مصنوعه كالصفر.

---

(١) أخرجه أبو داود حديث (٣٣٥٤ و ٣٣٥٥) والنسائي ٧/٢٨١ وأحمد في المسند ٢/١٣٩ والدارقطني ٣/٢٤ والحاكم ٢/٤٢ وانظر التلخيص ٣/٢٥.

ولأن كل ما لم يتعين بالعقد وجب أن يكون اشتراط التعيين فيه مبطلاً لذلك العقد كالسلم. فلما كان اشتراط التعيين في الأثمان لا يبطل العقد دل على أنها تتعين بالعقد. ولأن العقد يشتمل على ثمن ومثمن فلما كان الثمن يتنوع نوعين: معين وهو البيع، وغير معين وهو السلم، اقتضى أن يكون الثمن أيضاً بتنوع نوعين: معين بالإشارة وغير معين بالإطلاق.

وأما الجواب عن احتجاجه بقول الفراء فهو أن الثمن قد يكون تارة ذهباً وورقاً ويكون تارة عروضاً وسلعاً. فلما لم يكن قوله في العروض والسلع مبطلاً لتعيينها جاز ألا يكون قوله في الذهب والورق مبطلاً لتعيينها. على أن التعيين حكم شرعي فلم يكن قول أهل اللغة فيه حجة.

وأما الجواب عن استدلاله بحديث ابن عمر فهو محمول على الأثمان المطلقة اعتباراً بغالب أحوال التجار في بياعاتهم، وعرفهم الجاري في تجاراتهم.

وأما الجواب عن استدلاله بأن ما جاز إطلاق ذكره لم يتعين فهو أن إطلاق ذكره إنما جاز لأن فيه نقداً غالباً وعرفاً معتبراً، ولو كان في جنس من العروض نوع غالب وعرف معتبر جاز إطلاق ذكره كالنقود، ولو كانت النقود مختلفة لم يجز إطلاق ذكرها كالعروض. لأن ما تضمنه العقد لا بد أن يكون معلوماً ويصير معلوماً بأحد ثلاثة أوجه: إما بالإشارة، وإما بالصفة، وإما بالعرف. سواء كان ذلك ثمناً أو مثمناً.

وأما الجواب عن استدلاله بأن تعيين النقود غير مفيد فجرى مجرى تعيين الميزان والوزان اللذين لما لم يفيدا لم يتعينا بالعقد. فهو أن في تعيين النقود للناس أغراضاً صحيحة، ولو جاز أن يكون عدم الفائدة فيها يمنع من تعيينها بالعقد لجاز أن يكون ذلك مانعاً من تعيينها بالقبض أو في الغصب.

فأما الميزان والوزان فلما كان المقصود منه مقدار المعقود عليه ولم يكن يملك بالعقد لم يتعين بخلاف النقود المملوكة بالعقد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ وَجَدَ بِالدَّنَانِيرِ أَوْ الدَّرَاهِمِ عَيْباً فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ حَبَسَ الدَّنَانِيرَ بالدَّراهِمِ سَوَاءٌ قَبْلَ التَّفَرُّقِ أَوْ بَعْدَهُ أَوْ حَبَسَ الدَّرَاهِمَ بِالدَّنَانِيرِ أَوْ نَقَضَ البَيْعَ».

قال الماوردي: اعلم أن الصرف على ضربين: معين وفي الذمة. فأما ما كان في الذمة فيأتي من بعد. وأما المعين فصورته أن يقول قد بعتك هذه العشرة دنانير بعينها بهذه المائة درهم بعينها. فيلزم كل واحد منهما دفع ما تعين بالعقد.

فلو قبض المشتري الدنانير بعينها فوجدها معيبة لم يخل حال عيبها من أحد أمرين:

إما أن يخرجها العيب من جنس الذهب أو لا يخرجها.

فإن أخرجها من جنس الذهب كأن وجد الدنانير نحاساً أو وجدها فضة مطلية فالصرف في المعيب باطل لأنه اشترى غير ما وقع عليه العقد، كمن اشترى ثوباً على أنه قطن فكان كتاناً. وإذا كان الصرف في المعيب باطلاً لم يخل حال المعيب من أحد أمرين:

إما أن يكون جميع الدنانير أو بعضها. فإن كان جميعها فالصرف باطل ويسترجع المشتري جميع الثمن. وإن كان بعضها معيباً كان الصرف في المعيب باطلاً. وهل يبطل في الباقي أم لا؟ على قولين من تفريق الصفقة.

أحدهما: باطل أيضاً إذا لم يجز تفريق الصفقة ويسترجع المشتري جميع الثمن.

والثاني: جائز إذا قيل بجواز تفريق الصفقة فعلى هذا يكون المشتري بالخيار لتفريق الصفقة عليه بين فسخ العقد فيه واسترجاع الثمن وبين إمضاء البيع فيه والإقامة على الجيد منه. وبماذا يقيم؟ على قولين:

أحدهما: بحسابه من الثمن وقسطه.

والثاني: بجميع الثمن وإلا فسخ. وكذا لو كان العيب في الدراهم دون الدنانير كان الجواب واحد والخيار للبائع.

ولو كان المبيع جنساً واحداً كدراهم بدراهم أو دنانير بدنانير ثم وجد بأحدهما عيباً يخرجها من الجنس وكان العيب في بعضها وقيل بصحة العقد في الجيد الباقي منها كان له إمساكه بحسابه من الثمن قولا واحداً لا يختلف.

والفرق بينهما أن الجنس الواحد يحرم فيه التفاضل، فلو قيل بأخذه بجميع الثمن حصل التحريم بالتفاضل، وليس كذلك الجنسان في جواز التفاضل.

فهذا الكلام في العيب إذا كان يخرجها من الجنس.

فصل: فأما إذا كان العيب لا يخرجها من الجنس كأنه اشترى دنانير على أنها مغربية فكانت مشرقية أو على أنها ذهب أحمر فكانت ذهباً أصفر فالصرف لا يبطل بهذا العيب لوجود العين وحصول الجنس كمن اشترى ثوباً على أنه مروي فوجده هروي.

ولا يجوز له إبدال المعيب لأن البدل لم يتناوله العقد. وإذا كان كذلك نظر إلى العيب إما أن يكون في جميع الدنانير أو بعضها. فإن كان في جميعها كان للمشتري الخيار في فسخ الصرف واسترجاع الثمن أو المقام عليه بجميع الثمن من غير أرش العيب. لأن الأرش لا يستحق مع القدرة على الرد.

وإن كان العيب في بعضها، فإن رضي بالعيب وأمسك الجميع بكل الثمن كان ذلك

له. فإن فسخ الصرف في الجميع واسترجع جميع الثمن كان له وإن أراد فسخ الصرف في المعيب وإمساكه في الجيد السليم كان على قولين من تفريق الصفقة:

أحدهما: لا يجوز إذا قيل إن تفريق الصفقة لا يجوز ويكون مخيراً بين أمرين: إما أن يمسك الجميع أو يفسخ الجميع.

والقول الثاني: يجوز إذا قيل إن تفريق الصفقة يجوز.

فعلى هذا يكون مخيراً بين ثلاثة أشياء:

إما أن يفسخ في الكل، أو يقيم على الكل، أو يفسخ في المعيب ويقيم على السليم بحسابه من الثمن قولاً واحداً.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا حيث أخذه بحسابه من الثمن قولاً واحداً وبين أن يكون عيب بعضها يخرجها من الجنس فيكون فيما يأخذها به قولان.

قيل: الفرق بينهما أن هاهنا قد كان له المقام على الكل بجميع الثمن وإنما فسخ في البعض المعيب وأقام على البعض السليم طلباً للحظ فلو قيل يأخذه بجميع الثمن، كان فسخ المعيب سفهاً، وليس كذلك إذا كان المعيب من غير الجنس لأن البيع قد بطل فيه فلم يكن له أن يأخذه بكل الثمن فجاز في أحد القولين أن يأخذ السليم بجميع الثمن.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا تَبَايَعَا ذَلِكَ بِغَيْرِ عَيْنِ الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ وَتَقَابَضَا ثُمَّ وَجَدَ بِالدَّنَانِيرِ أَوْ بِبَعْضِ الدَّرَاهِمِ عَيْبَاً قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا أَبْدَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ المَعِيبَ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ التَّفَرُّقِ فَفِيهِ أَقَاوِيلُ أَحَدُهَا أَنَّهُ كَالجَوَابِ فِي العَيْنِ وَالثَّانِي أَنهُ يُبَدِّلُ المَعِيبُ لأَنَّهُ بَيْعُ صِفَةٍ أَجَازَهَا المُسْلِمُونَ إِذَا قُبِضَتْ قَبْلَ التَّفَرُّقِ وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ حُجَّتِهِ كَمَا لَوِ اشْتَرَى سُلَّماً بِصِفَةٍ ثُمَّ قَبَضَهُ فَأَصَابَ بِهِ عَيْبَاً أَخَذَ صَاحِبَهُ بِمِثْلِهِ(قَالَ) وَتَنَوُّعُ الصِّفَاتِ غَيْرُ تَنَوُّعِ الأَعْيَانِ وَمِنْ أَجَازَ بَعْضَ الصَّفْقَةِ رَدَّ المَعِيبَ مِنَ الدَّرَاهِمِ بِحِصَّتِهَا مِنْ الدِّينَارِ (قَالَ المُزَنِيُّ) إِذَا كَانَ بَيْعُ العَيْنِ وَالصِّفَاتِ مِنْ الدَّنَانِيرِ بالدَّرَاهِمِ فِيمَايَجُوزُ بالقَبْضِ قَبْلَ الافْتِرَاقِ سَوَاءً وَفِيمَا يَفْسُدُ بِهِ البَيْعُ مِنَ الافْتِرَاقِ قَبْلَ القَبْضِ سَوَاءً لَزِمَ أَنْ يَكُونَا فِي حُكْمِ المَعِيبِ بَعْدَ القَبْضِ سَوَاءً وَقَدْ قَالَ يَرُدُّ الدَّرَاهِمَ بِقَدْرِ حِصَّتِهَا مِنَ الدِّينَارِ».

قال الماوردي: قد مضى الكلام في الصرف المعين.

فأما المضمون في الذمة فصورته: أن يشتري رجل من صيرفي مائة دينار قاسانية موصوفة بألف درهم حاضرة أو موصوفة ثم يقبض الدنانير فيجدها معيبة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يجد بها العيب قبل التفرق فله إبدال المعيب لا يختلف. سواء كان

العيب يخرجها من جنس الذهب أم لا، وسواء كان العيب في جميعها أو في بعضها لأن القبض ما تضمنه العقد مستحق بالشرط. واجتماعهما قبل التفرق مانعاً من إبرام العقد.

والضرب الثاني: أن يجد بها العيب بعد التفرق فلا يخلو حال العيب من أحد أمرين: إما أن يخرجها من جنس الذهب أو لا يخرجها. فإن كان العيب يخرجها من جنس الذهب بأن كانت تفرقا في الصرف من غير قبض فإن كان الكل معيبا استرجع المشتري جميع الثمن، وإن كان البعض معيبا والباقي سليما بطل الصرف في المعيب وصح الصرف في السليم على الصحيح من المذهب.

وكان أبو إسحاق المروزي يخرجه على قولين من تفريق الصفقة. وليس بصحيح. لأن الفساد طرأ على الصفقة بعد صحتها وإنما القولان فيما إذا كان الفساد مقترناً بها.

فإن قيل بتخريج أبي إسحاق أن الصرف في الكل باطل. استرجع المشتري جميع الثمن.

وإن قيل بجوازه في السليم على الصحيح من المذهب. كان المشتري بالخيار لتفريق الصفقة عليه بين أن يفسخ الصرف في السليم لبطلانه في المعيب ويسترجع جميع الثمن وبين أن يمضيه في السليم بحصته من الثمن على الصحيح من الذهب. وكان أبو إسحاق يخرج قولاً ثانياً أنه يأخذه بجميع الثمن وإلا فسخ على معنى قوله في تفريق الصفقة فهذا إذا كان عيبها يخرجها من جنس الذهب.

فصل: فأما إذا كان عيبها لا يخرجها من جنس الذهب فهل له إبدال المعيب أم لا. على قولين.

أحدهما: ليس له أن يبدل واختاره المزني. لأن الصرف يتعين بالقبض كما يتعين بالعقد فلما لم يجز أن يبدل ما تعين بالقبض لم يجز أن يبدل ما تعين بالعقد.

ولأنه لو أبدل بعد التفرق لبطل القبض قبل التفرق وإذا لم يتم القبض قبل التفرق بطل الصرف فكان في إثبات البدل إبطال العقد، فمنع من البدل ليصح العقد.

ولما ذكره المزني من أنه لما كان الصرف المعين وما في الذمة يستويان في الفساد بالتفرق قبل القبض ويستويان في الصحة بالقبض قبل التفرق وجب أن يستويا في حكم المعيب.

فلما لم يجز أن يبدل معيب ما كان معيباً لم يجز أن يبدل معيب ما كان في الذمة.

والقول الثاني: له أن يبدل. وهو قول أبي حنيفة.

لأن ما جاز إبداله قبل التفرق جاز إبداله مع صحة العقد بعد التفرق كالسلم وكما أن ما

لم يجز إبداله قبل التفرق من المعين لم يجز إبداله بعد التفرق. وبهذا ينتقض ما ذكره المزني. ولأنه مضمون في الذمة فجاز إبدال معيبه مع صحة عقده اعتباراً بما قبل التفرق.

فإن قيل له البدل، أبدل المعيب ولا خيار له في الفسخ.

وإذا قيل ليس له البدل، كان حكمه كالمعين إذا كان عيبه من جنسه في اعتبار حال المعيب.

فإن كان جميع الدنانير كان مخيراً بين إمضاء العقد في جميعها من غير أرش والفسخ.

وإن كان المعيب بعض الدنانير فإن أمضى في الكل جاز. وإن فسخ في الكل جاز وإن أمضى في السليم وفسخ في المعيب فعلى قولين من تفريق الصفقة، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ رَاطل مائة دِينَارٍ عَتَقٍ مَرْوَانِيَّةً وَمَائَةَ دِينَارٍ مِنْ ضَرْبٍ مَكْرُوهٍ بِمَائَتَيْ دِيْنَارٍ مِنْ ضَرْبٍ وَسَطٍ خَيْرٌ مِنَ المَكْرُوهِ وَدُونَ المَرْوَانِيَّةِ لَمْ يَجُزْ لأَنِّي لَمْ أَرَ بَيْنَ أَحَدٍ مِمَّنْ لَقِيتُ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ ٱخْتِلاَفاً فِي أَنَّ مَا جَمَعَتْهُ الصَّفْقَةُ مِنْ عَبْدٍ وَدَارٍ أَنَّ الثَّمَنَ مَقْسُومٌ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ قِيمَتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فَكَانَ قِيمَةُ الْجَيِّدِ مِنَ الذَّهَبِ أَكْثَرَ مِنَ الرَّدِيْءِ وَالوَسَطِ أَقَلَّ مِنَ الْجَيِّدِ وَنَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال لا يجوز بيع مائة دينار من جيد الدنانير ومائة دينار من رديء الدنانير بمائتي دينار من وسط الدنانير التي هي دون الجيد وفوق الرديء.

وكذا لا يجوز ذهب جيد وذهب رديء بذهب جيد ولا بذهب رديء وكذا الفضة مثلها.

ولا يجوز بيع الدراهم الصحاح والدراهم الغلة بالدراهم الصحاح ولا بالغلة.

وقال أبو حنيفة بجواز هذا كله. احتجاجاً بنهيه ﷺ عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ. والمماثلة في هذا موجودة.

قال: ولأنه لما جاز بيع الذهب الجيد بالذهب الرديء لتماثلها في الوزن مع تفاضلهما في القيمة فأولى أن يجوز بيع الذهب الجيد والذهب الرديء بالذهب الوسط لتماثلهما في الوزن وإن جاز أن يتفاضلان في القيمة.

قال: ولأن المماثلة معتبرة وليس يخلو أن تكون معتبرة من حيث القيمة أو من حيث الوزن. فلما بطل أن تكون معتبرة من جهة القيمة لأنه لو باعه ديناراً قيمته عشرون درهماً بدينار قيمته عشرة دراهم جاز أن يتساوى الوزن مع تفاضل القيمة، ولو باعه ديناراً قيمته عشرون درهماً بدينارين قيمتهما عشرون درهما لم يجز التفاضل الوزن مع تماثل القيمة.

ثبت أن المعتبر التماثل من جهة الوزن دون القيمة وقد تماثل الوزنان في الذهب الجيد والرديء بالذهب الوسط فوجب أن يجوز.

والدلالة عليه ما قدمناه معه في بيع مد عجوة ودرهم بمدي عجوة لأن تلك أصل لهذه المسألة ثم نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ. فاقتضى ذلك المماثلة في القدر والقيمة إلا ما خصه إجماع أو دليل. ولما ذكرناه من أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفين كان الثمن مقسطاً على قيمتها دون عددهما.

فإذا باعه مائة دينار من ذهب جيد يساوي ألفي درهم، ومائة دينار من ذهب رديء يساوي ألف درهم بمائتي دينار من ذهب وسط تساوى ثلاثة آلاف درهم. كأن مائة دينار من الذهب الوسط في مقابلة أقل من مائة دينار من الذهب الجيد، والمائة الأخرى في مقابلة أكثر من مائة دينار من الذهب الرديء فأدى ذلك إلى التفاضل في بيع الذهب بالذهب وذلك حرام. وكان هذا بخلاف ما لو باعه مائة دينار من ذهب جيد بمائة دينار من ذهب رديء من وجهين:

أحدهما: أن المقصود في بيع الجيد بالرديء مع تساوي القدر. المسامحة دون المغابنة، وليس كذلك إذا قابل نوعين.

والثاني: أن الصفقة في بيع الجيد بالرديء قابلت نوعاً واحداً فقسط الثمن على الأجزاء لا على القيمة.

ألا ترى أنه إذا باع ديناراً قيمته عشرة بدينار قيمته عشرون فنصف الدينار وإن كان قيمته خمسة في مقابلة نصف الدينار وإن كان قيمته عشرة.

وليس كذلك إذا كان مقابلاً بنوعين لأنه يؤدي إلى التفاضل على الوجه الذي بيناه فأما الجواب عن قوله: إن الاعتبار إما أن يكون بالمماثلة في القدر أو القيمة. فلما بطل اعتبار المماثلة في القيمة ثبت اعتبار المماثلة في القدر.

فهو أن يقال: الاعتبار بالمماثلة في القدر ما لم يكن الثمن مقسطاً على القيمة.

فأما إذا كان الثمن مقسطاً على القيمة لاختلاف الأنواع فلا اعتبار بالمماثلة في القدر.

فصل: فأما إذا باعه مائة درهم صحاحاً ومائة درهم غلة بمائة درهم صحاح ومائة غلة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يختلف جوهر الصحاح من هذا العوض بالصحاح من هذا العوض، أو جوهر الغلة من هذا العوض، فيكون الصرف باطلاً لما ذكرنا.

والثاني: ألا يختلف. فعلى وجهين:

أحدهما: جائز لتساوي العوضين.

والثاني: لايجوز. للتعليل المتقدم.

فصل: وعلى قياس ما ذكرنا. لا يجوز بيع ذهب مع آخر من جوهر أو لؤلؤ أو سيف أو غير ذلك بذهب، لحديث فضالة بن عبيد المقدم ذكره.

وقال أبو حنيفة: إن كان الذهب الذي مع الجوهر أقل من الذهب الذي هو الثمن جاز ليكون الفاضل من الذهب الثمن في مقابلة الجوهر.

وإن كانا مثلين لم يجز.

وقال مالك: إن كان الذهب الذي مع الجوهر أقل من ثلث الثمن جاز. وإن كان الثلث فصاعداً لم يجز. وفيما ذكرنا دليل كاف.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَ الدَّرَاهِمَ مِنَ الصَّرَّافِ وَيَبِيعَهَا مِنْهُ إِذَا قَبَضَهَا بِأَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ أَكْثَرَ عَادَةً وَغَيْرَ عَادَةٍ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا اشترى من صيرفي ديناراً بعشرة دراهم صحاحاً وقبض الدينار وتم الصرف ثم باع ذلك الدينار بعشرين درهماً غلة كان ذلك جائزاً. سواء جرت له بذلك عادة أم لا.

وقال مالك: إن جرت له بذلك عادة لم يجز وكان حراماً لأن العرف والعادة كالشرط الملفوظ به ثم ثبت أنه لو شرط ذلك لفظاً كان ربا حراماً. كذلك إذا كان معتاداً. قال: ولأن هذا فعل يضارع الربا الحرام لأن قصده أن يبيع عشرة صحاحاً بعشرين غلة، وما ضارع الحرام كان حراماً.

وهذا خطأ بدليل ما رواه عبادة أن النبي ﷺ قال: وَلَكِنْ بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ وَالْوَرِقَ بِالذَّهَبِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ. ولم يفرق بين عادة وغير عادة.

ولأنه لا يخلو حال الفعل من أن يكون ربا أو غير ربا. فإن كان ربا لم يجز أول مرة. وإن لم يكن ربا جاز وإن تكرر مائة مرة. فلما جاز أول مرة دل على أنه ليس بربا وأنه يجوز ولو مائة مرة.

فأما الجواب عما ذكره من أن العادة تجري مجرى الشرط اعتباراً بغالب النقد فمن وجهين:

أحدهما: أن عادة البلد تجري مجرى الشرط وليس عادة المتعاقدين كالشرط.

والثاني: أن العادة في صفات العقد مخالفة للشرط. ألا ترى لو أن رجلا عقد نكاحاً

وشرط فيه الطلاق فسد. ولو عقد نكاحاً وكان معتاداً للطلاق لم يفسد. فقد وقع الفرق بين العادة والشرط.

وأما الجواب عن قوله: أن هذا الفعل مضارع للربا فهو أن هذا قول معلول لما ذكرناه من التقسيم عليه وليس بين المنزلتين واسطة. فلما لم يكن ربا صريحاً كان عقداً صحيحا.

فصل: فإذا تقرر جواز ذلك انتقل الكلام إلى شرح المذهب في كيفية العقد فنقول: أنه إذا اشترى منه ديناراً بعشرة دراهم وقبض منه الدينار ودفع إليه الدراهم ثم افترقا جاز أن يعود فيبيع عليه الدينار بعشرين درهماً أو أقل أو أكثر.

وهكذا لو تقابضا ثم تخايرا من غير تفرق ثم استأنفا العقد الثاني جاز.

لأن التخاير في العقد يقوم مقام الافتراق في لزوم العقد فأما إذا لم يتقابضا حتى عقدا العقد الثاني لم يجز وكان العقد الثاني باطلاً، لأن بيع ما لم يقبض لا يجوز. ولو تقابضا ثم عقدا العقد الثاني قبل أن يتفرقا فقد اختلف أصحابنا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج يجوز. لأن اتفاقهما على العقد الثاني اختيار منهما لامضاء العقد الأول فجرى مجرى العقد بعد التخاير.

والوجه الثاني: وهو الصحيح عندي أنه لا يجوز ويكون العقد الثاني باطلاً. لأن العقد الأول لم يستقر بالافتراق ولا بالتخاير. وما ذكره أبو العباس من أن الرضا بالعقد الثاني اختيار لامضاء العقد الأول فغلط.

والفرق بين التخاير والبيع أنهما إذا اختارا الإمضاء فقد رضى كل واحد منهما بإقرار ملك صاحبه على ما انتقل إليه فاستقر بذلك الملك. وإذا اتفقا على البيع الثاني فكل واحد منهما لم يرض باستقرار ملك صاحبه على ما انتقل إليه، فلم يستقر بذلك الملك، فصار حكم التخاير والبيع مختلفاً فلم يجز أن يكون في لزوم العقد متفقاً فهذا آخر الباب.

فصل: وإذ قد مضى مسطور الباب مستوفياً فسنذكر ما استقر من أصوله فروعاً بعد عقد ما مضى منشوراً ليكون أمهد لأصوله وأصح لفروعه فنقول:

أنما سمي الصرف صرفاً لصرف حكمه عن أكثر أحكام البيع. وقيل: بل سمي صرفاً لصرف المسامحة عنه في زيادة أو تأخير. وقيل بل سمي صرفاً لأن الشرع قد أوجب على كل واحد منهما مصارفة صاحبه أي مضايقته.

والصرف أنما يختص ببيع الذهب بالفضة أو الفضة بالفضة والذهب بالذهب. وشروط الصرف التي لا يتم إلا بها ثلاثة لازمة ورابع يختلف باختلاف الصرف وأما الثلاثة اللازمة

فأحدها: اطلاق العقد من غير أجل مشروط فيه.

فلو شرطا فيه أجلاً كان باطلاً. فلو أسقطا الأجل بعد اشتراطه في العقد لم يصح.

وقال أبو حنيفة وصاحباه: إذا اشترطا اسقاط الأجل قبل الافتراق صح استحساناً.

والشرط الثاني: أن يعقد ناجزاً من غير خيار مشروط فيه فإن شرطاً فيه خيار الثلاث كان باطلاً، ولو أسقطا الخيار بعد اشتراطه في العقد لم يصح.

وقال أبو حنيفة: إذا أسقطاه قبل الافتراق صح استحساناً.

والشرط الثالث: التقابض قبل الافتراق، فإن تفرقا قبل القبض كان باطلاً فهذه الشروط اللازمة.

وأما الشرط الرابع: وهو المماثلة فإن كان الجنس واحد كانت المماثلة شرطاً معتبراً وإن اختلف الجنسان لم يكن شرطاً معتبراً.

ثم الصرف ينقسم أقساماً أربعة:

فالقسم الأول: بيع العين بالعين وهو ضربان:

جنس بمثله كالفضة بالفضة والذهب بالذهب، وجنس بغيره كالفضة بالذهب، فهذا يصح بشروطه المعتبرة فيه.

والقسم الثاني: بيع دين بدين. وهذا باطل للنهي عنه[1] كرجل باع دراهم له على زيد ديناً بدنانير أو بدراهم للمشتري على عمرو ديناً.

والقسم الثالث: بيع عين بدين وهذا باطل وهو الصرف بالأجل.

والقسم الرابع: بيع دين بعين كرجل له على رجل ألف درهم يبيعها عليه بمائة دينار يأخذها منه عيناً. فإن كان الدين حالاً صح لحديث عبد الله بن عمرو إن كان مؤجلاً لم يصح لأن المؤجل لا يملك المطالبة به فلم تجز المعاوضة عليه.

وإذا صح في الحال كان موقوفاً على قبض الدنانير قبل الافتراق إلا أن يأخذ بدل الدراهم ثوباً أو عرضاً ففي لزوم قبضه قبل الافتراق وجهان.

أحدهما: وهو ظاهر المذهب: أنه يجوز الافتراق فيه قبل القبض لأن ماسوى الصرف لا يلزم فيه تعجيل القبض.

والثاني: لا يجوز حتى يتقابضا قبل الافتراق وإلا صار بيع دين بدين.

فلو أخذ بدل الألف درهم خمسين ديناراً وعبداً كان على قولين. لأنه عقد جمع بيعاً وصرفاً.

أحدهما: باطل فيهما ويرجع بالألف.

---

(١) انظر الدارقطني ٣/٧١ والحاكم ٢/٥٧ والبيهقي ٥/٢٩٠ وابن عدي في الكامل ٦/٢٣٣٥.

والثاني: جائز فيهما ويلزم قبض الدنانير قبل الافتراق. وفي قبض العبد قبله وجهان.

فرع: فلو أحال بالدنانير التي قد استحق قبضها في الصرف قبل الافتراق على رجل حاضر. فإن لم يقبضها المستحق لها من المحال عليه في المجلس حتى افترقا بطل الصرف.

وإن قبضها في المجلس قبل الافتراق كان على وجهين من اختلاف أصحابنا في الحوالة هل تجري مجرى البيع أو هي عقد معونة وإرفاق.

فإن قيل إن الحوالة تجري مجرى البيع لم يجز. وإن قيل إنها عقد معونة وإرفاق جاز. كما لو أمر وكيله بالدفع قبل الافتراق.

فرع: فلو لم يحله بها ولكن اقترضها له من غيره ودفعها إليه جاز لوجود القبض قبل الافتراق، ولكن لو اقترضها الصيرفي من المشتري ثم ردها عليه ليكون قبضاً عما اشتراه من الدنانير على وجهين مبنيين على اختلاف الوجهين في القرض متى يملك.

وأحد الوجهين: أن القرض يملك بالقبض فعلى هذا يجوز هاهنا ويصح هذا الصرف، لأنه قبض الدنانير من الصيرفي بعد أن ملكها بالقرض.

والثاني: أن القرض يملك بالتصرف وهو قول أبي إسحاق المروزي. فعلى هذا لا يجوز ها هنا ويبطل هذا الصرف لأنه قبض الدنانير مشترياً لها قبل أن يستقر ملك الصيرفي عليها.

فرع: فلو اشترى رجل من صيرفي ديناراً بعشرة دراهم وقبض منه الدينار وحصل للمشتري على الصيرفي عشرة دراهم. قال: اجعل هذه العشرة بدلاً من الثمن لم يجز سواء حصلت العشرة على الصيرفي قبل الصرف أو بعده وقال أبو حنيفة: إن حصلت قبل الصرف لم يجز وإن حصلت بعده جاز: وهذا غلط لأمرين:

أحدهما: أنه يكون صرفاً قد عدم فيه القبض.

والثاني: أنه يصير بيع دين بدين إلا أن يأخذ ديناراً بالعشرة بعد حصولها عليه فيجوز. وهو بيع الدين بالعين المذكور من قبل.

فرع: فإذا اشترى رجل من صيرفي ديناراً بعشرة دراهم في ذمته ثم إن الصيرفي أبرأ المشتري من العشرة كانت البراءة باطلة وإن افترقا قبل قبضها بطل الصرف لأنه إبراء مما لم يستقر ملكه عليه.

ولو كانت العشرة معينة فوهبها الصيرفي له فإن كانت الهبة قبل قبضها لم يجز لأن الملك لها لم يستقر وإن كانت الهبة بعد قبضها ففيها وجهان كالبيع.

فـرع : وإذا اشترى منه ديناراً فقبضه ثم وجده معيباً بعد تلفه فأراد الرجـوع بأرش عيبـه نظر:

فإن كان قد اشترى الدينار بوزنه ذهبـاً لم يجز أن يـرجع بـأرش العيب لأن أخذ الأرش يؤدي إلى التفاضل في بيع الذهب بالذهب.

وإن كان قد اشتراه بدراهم ففي جواز الرجوع بأرش عينه وجهان:

أحدهما: يجوز. اعتباراً بعيوب سائـر المبيعات السـالفة وهـذا أقيس الوجهين، فعلى هذا يرجع بأرش عيب الدينار دراهم، ولو كان المبيع المعيب فضة رجع بأرش عيبها ذهباً.

والوجه الثاني: وهو قول الشيوخ من أصحابنا البصريين والجمهور من غيرهم لا يجوز الرجوع بأرش عيب الدراهم والدنانير لأمرين:

أحدهما: أن الصرف أضيق حكماً من البياعات فلم يتسع لدخول الأرش فيه.

والثاني: أن الأرش يعتبر بالأثمان فلم يجز أن يكون داخلاً في الأثمان.

فعلى هذا لا يخلو عيب الدينار المستهلك إذا لم يخرجه من الجنس من أحد أمرين:

إما أن يكون عيباً يصح أن يكون صفة لما يثبت في الذمة أو لا يصح. فـإن كان العيب مما يصح أن يكون صفة في الذمة مثل أن يشتري منه ديناراً قاسانياً فيتبين بعد تلفـه مغربيـاً. فإن كان كذلك فعلى المشتري أن يرد بدله ديناراً مثله مغربيا.

وإن كـان المعيب مبهرجـاً مما لا يصـح أن يكون صفـة لما في الـذمة مثـل أن يشتري ديناراً قاسانياً فيتبين الدينار مبهرجاً فعليه إذا لم يرض بعيبه أن يرد قيمتـه دراهم. ولا يصح أن يرد مثله لأن المبهرج لا مثل له.

فإذا رد مثل الدينار المعيب فيما له مثل أو رد قيمته ورقاً فيما ليس له مثل نظر: فإن كان قد اشترى الدينار الذي بان عيبه بعينه لم تكن له المطالبة ببدله وكان له استرجـاع ما دفـع من ثمنه.

وإن كان اشتراه في الـذمة من غيـر تعيين فهل لـه الرجـوع ببدلـه سليماً من عيب أم لا على القولين الماضيين.

فرع: وإذا حصلت في ذمة رجل دراهم موصوفة وكانت نقداً يتعـامل النـاس به فحـظر السلطان المعاملة بها وحرمها عليهم لم يستحق صاحب الدراهم وغيرها ولم يجـز أن يطالبـه بقيمتها. وقال أحمد بن حنبل له المطالبة بقيمتها ذهباً في آخر يوم حرمت. وهذا خطأ.

لأن أكثر ما في تحـريم المعاملة بهـا أن يكون مـوكساً لقيمتهـا، وما ثبت في الـذمة لا يستحق بدله لنقصان قيمته كالبر والشعير وغيره.

فإذا ثبت أن له أخذ تلك الدراهم بعينها بعد التحريم كما كان له أخذها قبل التحريم فعدمت تلك الدراهم ولم توجد، كان له حينئذ أخذ قيمتها ذهبا، لتعذرها واعتبار زمان القيمة في آخر أوقات وجودها والقدرة عليها لأنه آخر وقت كانت عينها فيه مستحقة فلو ابتاع ديناراً وثوباً بعشرة دراهم معينة من هذا النقد المذكور فحظر السلطان المعاملة بها قبل قبضها لم يكن ذلك عيباً يستحق به الفسخ، لأن العيوب ما اختصت بالصفات اللازمة، فأما تحريم السلطان فعارض يختص بالسعر ونقصه، ونقصان الأسعار لا يكون عيباً يستحق به الفسخ.

فرع: وإذا تبايعا ذهبه بذهبه نظر: فإن تبايعاها جزافاً من غير أن يشترطا الموازنة كان البيع باطلاً ويترادان. فلو وزنتا جميعاً فكانتا سواء لم يصح الصرف.

وقال أبو حنيفة: إن علما ذلك قبل التفرق صح الصرف، وإن علماه بعده لم يصح.

وقال زفر: يصح بكل حال. وكلا القولين خطأ ومذهبنا فيه أصح.

لأن الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل، ثم كان العلم بالتفاضل معتبراً وقت العقد كذا الجهل بالتماثل معتبراً وقت العقد.

فأما إن تبايعاها موازنة لم يفسد العقد وكان معتبراً بما يخرجه الوزن من تماثلهما أو تفاضلهما فإن كانتا سواء صح الصرف، وإن تفاضلتا فقولان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أن الصرف باطل لظهور الفضل فيه.

والثاني: أن الصرف جائز بإسقاط الفضل لاشتراط التماثل، وللذي نقصت ذهبته الخيار دون الآخر لنقصان ما عقد عليه، وكذا القول في بيع صبرة طعام بصبرة طعام.

فرع: وإذا باع رجل ثوباً بمائة درهم على أنها من صرف عشرين درهماً بدينار كان البيع والصرف باطلين لأن السعر ليس بصفة يختص بالعين ولا يثبت في الذمة.

فرع: ولو باعه ثوباً بمائة درهم على أن يأخذ بقيمتها دنانير من صرف عشرين درهماً بدينار كان البيع والصرف باطلين لأنهما بيعتان في بيعة إلا أن يكون هذا الشرط بعد تمام البيع فيصح البيع ولا يلزم الشرط ويكون المشتري بالخيار في دفع الدنانير، والبائع بالخيار في قبضها والمستحق دفع الدراهم التي كان بها العقد.

فرع: فإذا باعه ثوباً بألف درهم من نقد سوق وكذا نظر في نقد تلك فإن كان مختلفاً كان البيع باطلاً وإن كان غير مختلف كان في صحة البيع وجهان:

أحدهما: يجوز وهو أظهر. لأنها صفة يمتاز بها الموصوف عن غيره. **والثاني**: يجوز لأنها صفة في غير الموصوف يجوز انتقالها عنه.

فرع: فإذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم على أنه يساوي العشرة أو على ألاَّ غبينة عليه

في ثمنه أو على أنه مستقصى به فالصرف باطل في ذلك كله لأنها شروط تنافي العقد ومثله واقع.

فرع: وإذا باعه ثوباً بدينار إلا درهماً فإن جهلا أو أحدهما قيمة الدينار في الحال كان البيع باطلاً للجهل بالثمن. وإن علما قيمة الدينار ففي البيع وجهان: أحدهما: باطل لأن الاستثناء من غير جنس الثمن لا يجوز.

والثاني: أن البيع جائز لأنهما إذا علما أن قيمة الدينار عشرة دراهم وقد باعه بدينار إلا درهماً كان بمثابة قوله بعتك بدينار إلا عشر دينار فيصير البيع بتسعة أعشار دينار والأول أصح على الوجهين لأنه استثنى درهماً ولم يستثن قيمة درهم فلا يلزم المشتري دفع الدينار كله لموضع الاستثناء ولا يلزم البائع دفع درهم لأنه ليس بمشتر فيتعذر استيفاء العقد فبطل.

فرع: فإذا ابتاع ديناراً بعشرة دراهم فدفع إليه الصيرفي ديناراً ورجح الدينار قيراطاً جاز للصيرفي أن يهب القيراط الزائد للمشتري وجاز أن يودعه إياه فيصير الصيرفي شريكاً للمشتري في الدينار بالقيراط الزائد.

فإن دفع إليه المشتري قيراطاً من غير الدينار لم يلزمه قبوله إلا باختياره ويكون استئناف صرف آخر في قيراط بقيراط.

فلو كان الصيرفي حين زاد الدينار قيراطاً أخذ من المشتري ثمن القيراط الزائد ورقاً جاز بأكثر من السعر الأول وبأقل لأنه استئناف صرف ثان.

ولو أخذ منه الصيرفي بدل القيراط الزائد قيراطاً من ذهب جاز أيضاً لأنهما عقدان ولكن لو تبايعا في الابتداء عشرة دراهم وقيراطاً بدينار وقيراط كان باطلاً لأنه عقد واحد كمد عجوة ودرهم بمدي عجوة.

فرع: وإذا اشترى ثوباً بدينار ووزن المشتري الدينار فرجح في الميزان فأعطاه بائع الثوب حزاماً أفضل من الدينار ذهبا وهما لا يعلمان قدر الزيادة جاز. لأنهما قد استأنفا صرفاً في ذهب بذهب متماثل مع الجهل بالقدر وهذا لا يمنع من صحة الصرف. ألا ترى أنه لو باع سبيكة ذهب لا يعلم وزنها بوزنها ذهباً جاز لحصول التماثل وإن جهلا القدر.

فرع: وإذا أودع رجل رجلاً مائة دينار ثم إن صاحب الدنانير لقي المودع فباع عليه الدنانير الوديعة بألف درهم والدنانير غير حاضرة لم يجز وكان الصرف باطلاً لأنه لم يتناول عيناً حاضرة ترى ولا صفة في الذمة تعرف ولكن لو كان المودَع قد ضمنها بالاستهلاك ثم ابتاعها بألف درهم صح وكان هذا بيع عين بدين.

فلو كان قد ضمنها بالتعدي مع بقاء عينها فابتاعها بألف درهم لم يجز لأن بقاء عينها يمنع من استقرارها في الذمة إلا أن تكون الدنانير وقت العقد حاضرة فيصح الصرف.

فرع: وإذا كان على رجل دنانير يعطي صاحبها دراهم على ما يتفق عنده ويحصل بيده من غير مصارفة وتقرير سعر بالدنانير لم يكن هذا صرفاً ولم يصر قصاصاً من الدنانير وكانت الدراهم المدفوعة في حكم القرض لصاحبها استرجاعها متى شاء وعليه دفع ما في ذمته من الدنانير. فلو أراد صاحب الدنانير أن يحبس ما قبض من الدراهم على قبض ماله من الدنانير لم يجز لأن المقبوض عن بيع فاسد لا يجوز حبسه على استرجاع ثمنه.

ولو اتفقا بعد قبض الدراهم على أن يتبايعا الدراهم بالدنانير فإن كانت الدراهم حاضرة لم يستهلكها القابض جاز بيعها لأنه بيع دراهم حاضرة بدنانير في الذمة.

وإن كانت الدراهم قد استهلكها القابض وصارت في ذمته لم يجز؛ لأنه يصير بيع دين بدين إلا أن يتطارحا ويتباريا من غير شرط فيقول قابض الدراهم لدافعها قد أبرأتك من كذا ديناراً ويقول صاحب الدراهم لقابضها قد أبرأته من كذا درهما فيصح الإبراء منهما جميعاً إلا أن يكون الإبراء مشروطاً فلا يصح مثل أن يقول صاحب الدنانير لصاحب الدراهم قد أبرأتك من كذا ديناراً على أن تبرئني من كذا درهما ويقول صاحب الدراهم لصاحب الدنانير قد أبرأته من كذا درهماً على أن تبرئني من كذا ديناراً فيكون الإبراء منهما جميعاً باطلاً، لأن البراءة تبطل بالشرط وإنما تصح مع الإطلاق.

فلو أن أحدهما أبرأه صاحبه براءة مطلقة من غير شرط ولم يبرئه الآخر من شيء جاز وكان له مطالبته بحقه وليس للمبرىء مطالبة الآخر بشيء.

فرع: وإذا ابتاع ثوباً بنصف دينار ثم ابتاع ثوباً ثانياً بنصف دينار كان على المشتري أن يدفع ديناراً بنصفين ولا يلزمه أن يدفع ديناراً صحيحاً إلا أن يبتاعهما معاً بدينار فيلزمه أن يدفع ديناراً صحيحاً ولا يلزم البائع أن يأخذ ديناراً بنصفين فلو ابتاع ثوباً بنصف دينار وابتاع ثوباً آخر بنصف دينار على أن يدفع إليه ثمن الثوبين ديناراً صحيحاً كان هذا الشرط مع البيع الثاني باطلاً وصح بيع الثوب الأول بنصف دينار، لأن ما اقترن بالبيع الثاني من الشرط ينافيه.

ولو ابتاع ثوباً بنصف دينار ثم ابتاع آخر بنصف دينار على أن له عليه ديناراً كان البيع الأول والثاني جائزين لأن الشرط المقترن بالثاني لا ينافيه.

فرع: فإذا قبض رجل من رجل ألف درهم من دين له عليه فضمن له رجل آخر بدل ما كان فيها من زائف أو بهرجة أو درهم لا يجوز، فإن الضمان جائز إلحاقاً بضمان الدرك وإن كان متردداً بين الوجوب والإسقاء وهذه من منصوصات ابن سريج. فإن وجد القابض زائفاً أو مبهرجاً فهو بالخيار في إبدالها على القاضي إن شاءه أو على الضامن إن شاء.

فلو أبدلها على القاضي برىء الضامن أيضاً، ولو أبدلها على الضامن رجع الضامن على القاضي بها إن ضمنها عنه بأمره.

فإن قال الضامن: اعطوني المردود بعينه لأعطيكم بدله لم يعطه إياه وقيل له: الواجب أن يفسخ القضاء في المردود ويرد على المضمون له ما ضمنه، وهذا المردود وغيره من مال المضمون عنه، ولك الرجوع بمثل ما أديت، فلو أحضر القابض دراهم رديئة ليبدلها وقال هي مما قبضته وأنكراه جميعاً، فإن كان الرد دراهم معيبة فالقول قولهما مع إيمانهما وعلى القابض البينة.

لأنه قد ملك ما قبض وبرئا منه بالقبض فلم يقبل قوله في رجوع الحق.

وإن كان الرد نحاساً أو غير فضة فالقول قوله مع يمينه لأن أصل الدين ثابت وإنما يقر بقبض النحاس قضاء، والنحاس لا يكون قضاء عن الفضة.

ألا ترى أنه لو اشترى دراهم فكانت نحاساً كان البيع باطلاً. ولو كانت فضة معيبة كان البيع جائزاً، ولو اشترى غلاماً فكان جارية كان البيع باطلاً. والله أعلم بالصواب. قال رحمه الله، انتهى.

باب بيع اللحم باللحم

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَاللَّحْمُ كُلُّهُ صِنْفٌ وَحْشِيُّهُ وإِنْسِيُّهُ وَطَائِرُهُ لاَ يَحِلُّ فِيهِ الْبَيْعُ حَتَّى يَكُونَ يَابِساً وَزْناً بِوَزْنٍ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فِيهَا قَوْلاَنِ فَخَرَّجَهُمَا ثُمَّ قَالَ فِي آخِرِهِ وَمَنْ قَالَ اللُّحْمَانِ صِنْفٌ وَاحِدٌ لَزِمَهُ إِذَا حَدَّهُ بِجِمَاعِ اللَّحْمِ أَنْ يَقُولَهُ فِي جِمَاعِ الثَّمرِ فَيَجْعَلَ الزَّبِيبَ وَالتَّمْرَ وَغَيْرَهُمَا مِنَ الثِّمَارِ صِنْفاً وَاحِداً وَهَذَا مِمَّا لاَ يَجُوزُ لأَحَدٍ أَنْ يَقُولَهُ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) فَإِذَا كَانَ تَصْيِيرُ اللُّحْمَانِ صِنْفاً وَاحِداً قِيَاساً لاَ يَجُوزُ بِحَالٍ وَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ عَلَى الأَسْمَاءِ الْجَامِعَةِ وَأَنَّهَا عَلَى الأَصْنَافِ وَالأَسْمَاءِ الْخَاصَّةِ فَقَدْ قَطَعَ بِأَنَّ اللُّحْمَانَ أَصْنَافٌ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) وَقَدْ قَطَعَ قَبْلَ هَذَا الْبَابِ بِأَنَّ أَلْبَانَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَالإِبِلِ أَصْنَافٌ مُخْتَلِفَةٌ فَلُحُومُهَا الَّتِي هِيَ أَصْلُ الأَلْبَانِ بِالاخْتِلاَفِ أَوْلَى وَقَالَ فِي الإِمْلاَءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ الْمَجْمُوعَةِ فَإِذَا اخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُ الْحِيتَانِ فَلاَ بَأْسَ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلاً وَكَذَلِكَ لُحُومُ الطَّيْرِ إِذَا اخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُهَا (قَالَ الْمُزَنِيُّ) وَفِي ذَلِكَ كِفَايَةٌ لِمَا وَصَفْنَا. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: اختلف قول الشافعي رحمه الله في اللحمان، هل هي صنف واحد أو صنفان؟ على قولين منصوصين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: أن اللحم كله صنف واحد؛ لأن الاسم الخاص يجمعها عند حدوث الربا فيها، ولا يكون اختلاف أنواعها دليلاً على اختلاف أجناسها، كما أن الثمر كله جنس، وليس اختلاف أنواعه دليلاً على اختلاف أجناسه.

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه في الجديد. وبه قال أبو حنيفة: إن اللحمان أصناف وأجناس؛ لأنها فروع لأصول هي أجناس فاقتضى أن تكون أجناساً كالأدقة والأدهان، لما كانت فروعاً لأجناس كانت هي أجناسها.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، فإن قلنا: إن اللحم كله جنس واحد فلحوم النعم ولحوم الوحش ولحوم الطير كلها جنس واحد، وهل تكون لحوم الحيتان صنفاً منها على وجهين:

أحدهما: أنها واللحم كله صنف واحد؛ لأن اسم اللحم ينطلق عليه. قال الله تعالى: ﴿**وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ لَكُمْ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيًّا**﴾ وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: أن لحوم الحيتان صنف آخر وإن كانت اللحوم كلها صنفاً واحداً؛ لأنه لما لم يأكل الحيتان إذا حلف لا يأكل اللحم اقتضى أن لا يكون من جنس اللحم، فعلى هذا الوجه تكون اللحمان كلها صنفين.

فلحوم حيوان البرّ على اختلافها صنف واحد، ولحوم حيتان البحر على اختلافها صنف واحد، وإذا قلنا: إن اللحمان أصناف، فلحم الغنم صنف، ولا فرق بين الضأن منه والماعز، ولا بين المعلوف والراعي، ولا بين المهزول والسمين، ثم لحم البقر صنف آخر، ولا فرق بين الجواميس والعراب، ولحم الإبل صنف آخر، ولا فرق بين المهرية والبخات.

ثم لحوم الصيد الوحشي أصناف، .فلحم الطير صنف، ولحم الثعالب صنف، ولحم الأرانب صنف ولحم بقر الوحش صنف، ولحم حمر الوحش صنف، ثم لحوم الطير أصناف، فلحم الحمام صنف، ولحم الدجاج صنف، وكذلك كل جنس من الطير لحوم جنسها صنف، ثم هل تكون لحوم الحيتان على هذا القول صنفاً واحداً أو تكون أصنافاً؟ على وجهين:

أحدهما: أن جميعها صنف واحد، وهذا قول من يزعم أنه لا يؤكل من حيوان البحر إلا حيتانه.

والثاني: أنها أصناف مختلفة وهذا قول من يزعم أن حيوان البحر كله مأكول حيتانه ودوابه وما فيه من كلب وغيره فعلى هذا يكون الشيء صنفاً والنتاج صنفاً وكل ما اختص باسم يخالف غيره صنفاً.

فصل: وأما الشحوم فصنف غير اللحم، وفيها قولان، كاللحم، ولكن هل تكون الإلية وما حمله الظهر صنفاً من الشحم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها صنف من جملة الشحم وهذا قول مالك.

والثاني: أنها أصناف مختلفة غير الشحم وهذا قول أبي حنيفة.

ولتوجيه القولين موضع من كتاب الأيمان ثم الكبد صنف يخالف اللحم، والطحال صنف آخر، والفؤاد صنف آخر، وكذلك المخ والدماغ والكرش والمصران كل واحد منها صنف.

فصل: فأما البيض فنوعان: بيض طير، وبيض سمك. فأما بيض الطير فلا يكون صنفاً من لحوم الطير؛ لأن البيض أصل للحيوان فلم يجز أن يكون صنفاً من اللحم الذي هو فرع الحيوان. فعلى هذا إذا قيل إن اللحم أصناف فالبيض أولى أن يكون أصنافاً، وإذا قيل إن اللحمان صنف واحد ففي البيض وجهان، وأما بيض السمك فهل يكون نوعاً من لحم السمك؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه صنف غير السمك كما أن بيض الطير صنف غير لحم الطير.

والثاني: أنه نوع من لحم السمك؛ لأنه يؤكل معه حياً وميتاً. وإذا وضح ما ذكرنا من تفصيل اللحوم وما اتصل بها من الشحوم فإن قلنا إنها أصناف جاز بيع الصنف منها بصنف آخر، متماثلاً ومتفاضلا، رطباً ويابساً، وزناً وجزافاً كلحم الغنم بلحم البقر لكن يداً بيد، وإن قلنا هي صنف واحد أو كان ذلك من الصنف الواحد لم يجز أن يباع بعض ببعض إلا يابساً بيابس متماثلاً بالوزن. فأما بيع بعضه ببعض رطباً فغير جائز؛ وقال أبو العباس بن سريج: يجوز كما جاز بيع الفواكه الرطبة بعضها ببعض؛ احتجاجاً بأن معظم منافعه موجود في حال رطوبته كاللبن، وهذا غير صحيح؛ لأن ما يوجد من منافع اللحم في حال رطوبته موجودة فيه عند يبسه، ومنافع اللبن الرطب لا توجد فيه عند يبسه، فإذا ثبت أن بيع اللحم الرطب باللحم الرطب لا يجوز إذا كان من صنف واحد أو قيل إن اللحمان صنف واحد، فإذا انتهى إلى غاية يبسه وبلغ أقصى جفافه جاز حينئذ بيع بعضه ببعض بخلاف التمر الذي يجوز بيعه بالتمر إذا بلغ أول جفافه وإن لم ينته إلى غاية يبسه. والفرق بين اللحم والتمر من وجهين:

أحدهما: ـ وهو قول الشافعي ـ أن اللحم باللحم يباع وزناً ويسير النداوة فيه تؤثر في وزنه، والتمر بالتمر يباع كيلاً ويسير النداوة فيه لا تؤثر في كيله.

والفرق الثاني: أن ادخار التمر في أول جفافه يمكن وادخار اللحم في أول جفافه غير ممكن فصار التمر في أول الجفاف مدخراً واللحم في أول الجفاف غير مدخر.

قال الشافعي فإن حمل اللحم اليابس في بلد كثير الندى وكان ما أصابه من الندى يزيد في وزنه لم يجز بيع بعضه ببعض، فأما اللحم إذا كان في خلاله عظم فهل يمنع من بيعه باللحم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يمنع كما لا يمنع النوى إذا كان في التمر من بيعه بالتمر.

والوجه الثاني: ـ وهو أصح ـ أن العظم في اللحم يمنع من بيعه باللحم، وفارق النوى في التمر؛ لأن بقاء النوى في التمر من صلاحه وليس بقاء العظم في اللحم من صلاحه، فأما الجلد إذا كان على اللحم فإن كان غليظاً لا يؤكل معه منع من بيعه باللحم، وإن كان رقيقاً يؤكل معه كجلود الجداء والدجاج فهل يمنع إذا كان على اللحم من بيعه باللحم؟ على وجهين كالعظم، فأما لحوم الحيتان فلا يجوز بيع الصنف الواحد منها بعضها ببعض طرياً ولا ندياً ولا مملوحاً؛ لأن الملح يمنع من المماثلة ولكن يباع بعضه ببعض إذا بلغ غاية يبسه غير مملوح إلا أن تقول إن الحيتان أصناف فإذا اختلف الصنفان منها كان بيع أحدهما بالآخر طرياً ومملوحاً. والله أعلم بالصواب.

باب بيع اللحم بالحيوان

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ ٱبْنِ الْمسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهُ ﷺ نَهى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ وَعَنْ ٱبْنَ عَبَّاس أَنَّ جَزُوراً نُحِرَتْ عَلَى عَهْدِ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَجَاءَ رَجُلٌ بِعِنَاقٍ فَقَالَ أَعْطُونِي جُزْءاً بِهَذِهِ العِنَاقِ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ لاَ يَصْلُحُ هَذَا وَكَانَ القَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ وابْنُ الْمُسَيَّبِ وَعُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ وَأَبُو بَكْرِ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ يُحَرِّمُونَ بَيْعَ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ عَاجِلاً وَآجِلاً يُعَظِّمُونَ ذَلِكَ وَلاَ يُرَخِّصُونَ فِيهِ (قال) وَبِهَذَا نَأْخُذُ كَانَ اللَّحْمُ مُخْتَلِفاً أَوْ غَيْرَ مُخْتَلِف وَلاَ نَعْلَمُ أَحداً مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ خَالَفَ فِي ذَلِكَ أَبَا بَكْرٍ وإِرْسَالُ ابْنِ الْمُسَيَّبِ عِنْدَنَا حَسَنٌ (قال المزني) إِذَا لَمْ يَثْبُتِ الحَدِيثُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَالقِيَاسُ عِنْدِي أَنَّهُ جَائِزٌ وَذَلِكَ أَنَّهُ كَانَ فَصِيلٌ بِجَزُورٍ قَائِمَيْنِ جَائِزاً وَلاَ يَجُوزَانِ مَذْبُوحَيْنِ لأَنَّهُمَا طَعَامَان لاَ يَحِلُّ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ فَهَذَا لَحْمٌ وَهَذَا حَيَوانٌ وَهُمَا مُخْتَلِفَانِ فَلاَ بَأْسَ بِهِ فِي القِيَاسِ إِنْ كَانَ فِيهِ قَوْلٌ مُتَقَدِّمٌ مِمَّنْ يَكُونُ بِقَوْلِهِ اخْتِلاَفُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الحَدِيثُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثَابِتاً فَيَكُونُ مَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.

قال الماوردي: وهذا كما قال. بيع اللحم بالحيوان لا يجوز، وهو في الصحابة قول أبي بكر وابن عباس، وأبي هريرة، وفي التابعين قول سعيد بن المسيب، والقاسم بن محمد، وعروة بن الزبير، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وفي الفقهاء قول مالك، والليث بن سعيد والأوزاعي.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: بيعه جائز بكل حال، وقال محمد بن الحسين: يجوز بيع اللحم بالحيوان إذا كان اللحم من لحم الحيوان؛ ليكون فاضل اللحم في مقابله الجلد والعظم، فإن كان بمثله أو أقل لم يجز.

وقال المزني: يجوز بيعه بكل حال قياساً إلا أن يكون الخبر المروي فيه ثابتاً، واستدل من أجازه بأن اللحم فيه الربا والحيوان ليس فيه ربا، وبيع ما فيه الربا بما لا ربا فيه جائز كبيع اللحم بالجلد، ولأن ما فيه الربا بعلتين مختلفتين يجوز بيع أحدهما بالآخر، فبأن يجوز بيع ما فيه الربا بما لا ربا فيه أولى. .

ولأصحابنا في الدليل على المسألة طريقان:

أحدهما: اتباع السنة والأثر دون القياس والنظر، وهو ما رواه الشافعي بإسناده عن سعيد المسيب أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوانِ[1].

فإن قيل فحديث سعيد بن المسيب مرسل والمراسيل عند الشافعي ليست حجة قيل أما مراسيل غير سعيد بن المسيب فليست عند الشافعي بانفرادها حجة، وأما مراسيل سعيد فقد حكي عن الشافعي أنه أخذ بها في القديم وجعلها على انفرادها حجة، وإنما خص سعيد بقبول مراسيله، لأمور منها أن سعيداً لم يرسل حديثاً قط إلا وجد من طريق غيره مسنداً، ومنها أنه كان قليل الرواية لا يروي أخبار الآحاد ولا يحدث إلا بما سمعه عن جماعة أو عضده قول الصحابة رضي الله عنهم، أو رآه منتشراً عند الكافة، أو وافقه فعل أهل العصر، ومنها أن رجال سعيد بن المسيب الذين أخذ منهم وروى عنهم هم أكابر الصحابة وليس كغيره الذي يأخذ عمن وجد، ومنها أن مراسيل سعيد سيرت فكانت مأخوذة عن أبي هريرة وكان يرسلها لما قد عرفه الناس من الأنس بينهما والوصلة، وإن سعيداً كان صهر أبي هريرة على ابنته فصار إرساله كإسناده عن أبي هريرة، ومذهب الشافعي في الجديد: أنه مرسل سعيد وغيره ليس بحجة، وإنما قال مرسل سعيد عندنا حسن لهذه الأمور التي وصفنا استئناساً بإرساله ثم اعتماداً على ما قاربه من الدليل، فيصير المرسل حينئذ مع ما قاربه حجة، والذي يصير به المرسل حجة أحد سبعة أشياء: إما قياس أو قول صحابي، وإما فعل صحابي، وإما أن يكون قول الأكثرين، وإما أن ينتشر في الناس من غير دافع له وإما أن يعمل به أهل العصر، وإما أن لا يوجد دلالة سواه، وقد اتصل بمرسل سعيد هذا أكثر هذه السبعة فمن ذلك إسناد غيره، وهو ما روي عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد الساعدي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ، وروى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ مثله، ومن ذلك الأثر الذي رواه ابن عباس أَنَّ جَزُوراً نُحِرَتْ عَلَى عَهْدِ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عنه فَجَاءَ رَجُلٌ بِعنَاقٍ فَقَالَ اعْطُونِي جَزُوراً بِهَذِهِ الْعِنَاقِ فَقَالَ أَبو بَكْرٍ لاَ يَصْلُحُ هَذَا فكان قول أبي بكر مع انتشاره في الناس عدم معارض له وحصول العمل به دليلاً وكيداً في لزوم الأخذ به، فإن قيل فيجوز أن يكون الجزور من إبل الصدقة فمن أجل ذلك منع أبو بكر من بيعه بالعناق. قيل هذا تأويل لا يصح أن يكون الحديث محمولاً عليه لأن إبل الصدقة إنما تتخذ لإطعام الفقراء فلا جائز أن ينسب أحد من الصحابة أو من عاصرهم إلى أنه التمس ابتياع شيء منه لعناق ولا غيره مع ظهور الحال بحضور أبي بكر ولما كان نقل الحال مفيداً فإنما يفيد نقلها فيما يجوز بيعه لا سيما مع إطلاق ابن عباس الحكم ونقل السبب.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٦٥٥ حديث (٦٤ ـ ٦٦) عن سعيد بن المسيب مرسلاً وعن الحسن عن سمرة عن أحمد في المسند ١٢/٥ والدارمي في السنن ٢/ ٢٥٤ وأبو داود ٣/ ٦٥٢ حديث (٣٣٥٦) والترمذي ١٢٣٧) وقال: حسن صحيح والنسائي ٧/ ٢٩٢ وابن ماجة حديث (٢٢٧٠).

والطريق الثانية لأصحابنا في المسألة من جهة القياس والنظر على ما قدمناه من السنة والأثر هو أن كل ما كان فيه الربا لم يجز أن يباع بأصله الذي فيه منه كالدبس بالتمر، والشيرج بالسمسم، ولأن كل جنس فيه الربا لا يجوز أن يباع ما زال عن حال البقاء بأصله الذي هو على حال البقاء كالدقيق بالحنطة وكذا اللحم بالحيوان. وأما الجواب عن قولهم بأنه يبيع ما فيه الربا بما لا ربا فيه كاللحم بالجلد فهو أن الجلد ليس فيه لحم فلذلك جاز بيعه باللحم وليس كذلك الحيوان لأن فيه لحماً كما لا يجوز بيع لب الجوز بالجوز ويجوز بيعه بقشور الجوز وبمثله يجاب عن الاستدلال الآخر.

فصل: فإن صح ما ذكرنا فلا يخلو حال الحيوان من أحد أمرين إما أن يكون مأكولاً أو غير مأكول فإن كان مأكولاً فلا يجوز بيعه باللحم بحال سواء كان اللحم من جنسه كلحم الغنم بالغنم أو من غير جنسه كلحم الطير بالغنم وكذلك لا يجوز بيع لحم الجزور بالعصفور، وفي جواز بيعه بالسمك وجهان من اختلاف أصحابنا في السمك هل هو صنف من اللحم أم لا؟ وفي جواز بيع اللحم بالسمك الحي أيضاً وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه لحم لحيوان.

والثاني: يجوز؛ لأن حي السمك في حكم ميته بخلاف الحيوان، فأما إن كان الحيوان غير مأكول كالبغل والحمار ففي جواز بيعه باللحم قولان:

أحدهما: لا يجوز لعموم النهي، وبه قال من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع السنة.

والقول الثاني: أنه يجوز لأنه حيوان ليس فيه لحم مأكول وبهذا قال من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع القياس فأما بيع الشحم بالحيوان فعلى وجهين مخرجين من هذين القولين:

أحدهما: يجوز إذا قيل إن طريق المسألة اتباع السنة لأن السنة خصت اللحم دون الشحم.

والثاني: لا يجوز إذا قيل إن طريقها القياس؛ لأن في الحيوان شحماً، وكذا بيع الحيوان بالكبد والطحال على هذين الوجهين ولما بيع الحيوان بالجلد والعظم فيجوز على الوجهين؛ لأن الجلد والعظم ما لا ربا فيه بخلاف اللحم، و كذا بيع البيض بالدجاج يجوز على الوجهين معاً بخلاف اللحم؛ لأن اللحم بعض الحيوان وليس البيض بعض الدجاج، وكذا بيع اللبن بالحيوان يجوز فإن قيل: فاللبن عند العرب لحم روي أن نبياً شكا إلى الله عز وجل الضعف فأوحى إليه أن كل اللحم باللحم يعني اللبن باللحم وقال الشاعر:

نُطْعِمهَا اللَّحْمَ إِذَا عَزَّ الشَّجَرْ وَالْجَبْلُ فِي إِطْعَامِهَا اللَّحْمَ ضَرَرْ(١)

يعني أن تطعمها اللبن عند عزة المرعى فلما كان اللبن عند العرب لحماً، ثم ثبت بالشرع أن بيع اللحم بالحيوان لا يجوز فلذا بيع اللبن بالحيوان لا يجوز، قيل: إنما سمت العرب اللبن لحماً على طريق الاستعارة والمجاز، وليس بلحم على الحقيقة، لا في الشرع ولا في اللغة، ألا ترى إلى جواز بيع اللحم باللبن متفاضلاً، وأنه لا يحنث إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل لبناً، والأحكام إذا علقت بالأسماء تناولت الحقيقة دون المجاز، والله أعلم بالصواب..

(١) البيت في اللسان العرب م [لحم].

باب ثمرة الحائط يباع أصله من كتب

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ عن الزُّهْرِيِّ عَنْ سَالِمٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أَنْ يُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»[1] **(قَالَ الشَّافِعِيُّ)** فَإِذَا جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ الإِبَارَ حَدًّا لِمِلْكِ الْبَائِعِ فَقَدْ جَعَلَ مَا قَبْلَهُ حَدًّا لِمِلْكِ الْمُشْتَرِي».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا ابتاع أرضاً ذات نخل مثمر أو ابتاع نخلاً فالحكم فيهما سواء.

وقد دخل في البيع ما اتصل بالنخل من سعف وليف.

فأما الثمرة فلا يخلوا حالها في العقد من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشترطا دخولها في البيع فدخل فيه اتفاقًا مؤبرة كانت أو غير مؤبرة

والحالة الثانية: أن يشترطا خروجها من البيع فتكون خارجة منه اتفاقاً مؤبرة أو غير مؤبرة لكن إن كانت مؤبرة لم يلزم اشتراط قطعها لأنها خارجة بالعقد والشرط تأكيد، وإن كانت غير مؤبرة قال الشافعي في كتاب الصرف: لم يجز إخراجها من العقد إلا باشتراط القطع لأنها تخرج من العقد بالشرط فاعتبر فيه حكم ما استوفي عليه العقد من اشتراط القطع.

والحالة الثالثة: أنها وأن كانت مؤبرة فهي داخلة في البيع.

واستدل أبو حنيفة على أن غير المؤبرة لا تدخل في البيع بأنها مما يصح إفراده بالعقد فلم يجز أن يكون تبعاً لأصله في البيع كالمؤبرة. قال: ولأنه عقد لا يتبعه الثمرة المؤبرة فوجب ألا يتبعه الثمرة غير المؤبرة كالرهن.

قال: ولأن الثمرة نماء كالزرع فلما حال الزرع في كونه بذراً وظهوره بقلاً في أنه لا يدخل في البيع تبعاً للأرض وجب أن يستوي حال الثمرة في كونها في الطلع وظهورها مؤبرة

(١) أخرجه البخاري ٤٩/٥ في المساقاة حديث (٢٣٧٩) ومسلم ١١٧٣/٣ في كتاب البيوع (١٥٤٣/٨٠).

من الطلع في ألا يدخل في البيع تبعاً للنخل وتحريره أنه نماء لو كان ظاهراً لم يتبع أصله في البيع فوجب إذا كان كامناً لم يتبعه في البيع كالزرع.

بأحد الوصفين انتفى ذلك الحكم عن الوصف الآخر فلما جعل الآبار حداً لملك البائع فقد جعل ما قبله حداً لملك المشتري.

الثاني: أنه جعلها للبائع بشرط التأبير فلم يجز أن تجعل له مع عدم التأبير.

ودليل ثالث من الخبر وهو أن نصه على التأبير لا يخلوا من أحد أمريين:

إما أن يراد به التنبية على غيره، أو التميز من غيره فلم يجز أن يراد به التنبية لأن الحكم ما لم يؤبر أخفى من حكم ما قد أبر والتنبيه ما يقصد به بيان الأخفى ليدل على حكم الأظهر فثبت أن المراد به التميز عن غيره وأن الحكم مختص به.

وروي أن النَّبِيَّ ﷺ أَنْشَدَ قَوْلَ الأَنْصَارِيِّ حِينَ حَرَّمَ عَلَيْهِ بَعْضَ مُلُوكِ الْجَاهِلِيَّةِ ثَمَرَةَ نَخْلَةٍ لَهُ:

جَدَدْتَ جَنَى نَخْلَتِي ظَالِماً وَكَانَ الثِّمَارُ لِمَنْ قَدْ أَبَرَ

فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: وَكَانَ الثِّمَارُ لِمَنْ قَدْ أَبَرَ فَكَانَ ذَلِكَ مِنْهُ إِثْبَاتاً لِهَذَا الْحُكْم.

كَمَا أَنْشَدَ قَوْلَ الأَعْشَى: وَهُنَّ شَرُّ غَالِبٍ لِمَنْ غَلَبَ.

فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «وَهُنَّ شَرُّ غَالِبٍ لِمَنْ غَلَبَ»[1].

تثبيتاً لهذا القول.

وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلَيْنِ تَبَايَعَا نَخْلاً ثُمَّ اخْتَصَمَا فِي الثَّمَرَةِ فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلَّذِي لَقَّحَ[2] فدل على أن التلقيح وهو التأبير علم يتعلق به الحكم في تمليك الثمرة فإن لقح البائع كانت الثمرة له وإن لقح المشتري اقتضى أن تكون الثمرة له.

ولأن ثمرة النخل إذا كانت طلعاً بمثابة الحمل إذا كان مستجناً فإذا أبرزت من طلعها كانت كالحمل إذا انفصل عن أمه فلما كان الحمل قبل انفصاله تبعاً لأمه في البيع اقتضى أن تكون الثمرة قبل بروزها من الطلع تبعاً للنخل في البيع.

وتحريره قياساً أنه نماء مستجن في أصله فوجب إذا لم يظهر أن يكون في البيع تبعاً لأصله كالحمل في البطن واللبن في الضرع.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/٢٠٢ والبيهقي ١٠/٢٤٠.

(٢) أخرجه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي انظر التلخيص ٣/٢٧.

فإن قيل المعنى في الحمل أنه لا يجوز إفراده بالعقد فلذلك كان تبعاً وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز إفرادها بالعقد فلم يكن تبعاً.

قيل هذا فاسد بأبواب الدار. ثم يقال الحمل جار مجرى أبعاض الأم فلما لم يجز العقد على أبعاضها لم يجز على حملها والثمرة قبل التأبير تجري مجرى أغصان الشجرة فلما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها، ولأنها ثمرة تختلف أحوالها فجاز أن تكون تبعاً لأصلها في بعض أحوالها قياساً على نور الثمار قبل انعقادها.

فأما الجواب عما ذكروه من قياسهم على المؤبرة، فالمعنى في المؤبرة أنها ظاهرة فلم تكن تبعاً كالولد، وغير المؤبرة كامنة فكانت تبعاً كالحمل.

وأما الجواب عن قياسهم على الرهن قلنا في الرهن مذهبان:

أحدهما: يتبع الرهن ما كان غير مؤبر فعلى هذا سقط السؤال.

والثاني: لا يتبع فعلى هذا المعنى في الرهن أنه لما ضعف عن أن تتبعه الثمرة الحادثة ضعف عن أن تتبعه الثمرة المتقدمة وليس كذلك في البيع.

وأما الجواب عن قياسهم على الزرع فالمعنى في الزرع أنه مستودع في الأرض وليس بحادث منها فلهذا لم يكن تبعاً لها وليس كذلك الثمرة.

فصل. فأما طلع الفحول قبل تأبيره ففيه وجهان:

أحدهما: كونه تابعاً للعقد داخلاً في البيع كطلع الإناث.

والوجه الثاني: وهو أصح ألا يكون تابعاً ولا يدخل في البيع. والفرق بينه وبين طلع الإناث أن طلع الإناث لا يؤخذ إلا بعد إباره وتناهيه بسراً ورطباً، وطلع الفحول يؤخذ قبل إباره ويكون حال تناهيه طلعاً وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الإناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق أو قياس تقريب.

فقال بعضهم: قياس تحقيق فعلى هذا لا يصير طلع الفحول مؤبراً بالتشقيق والظهور.

وقال آخرون: بل قياس تقريب اعتباراً بالعرف فعلى هذا يصير طلع الفحول مؤبراً اعتباراً بالعرف.

فصل: فإذا تقرر هذا فالعقود التي يملك بها النخل المثمر على أربعة أضرب:

أحدها: عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصداق فهذه العقود تتبعها الثمرة غير المؤبرة.

والضرب الثاني: عقد معاوضة على غير وجه المراضاة كالمبيع إذا استرجع بحدوث

الفلس فهل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعاً له على وجهين يذكران في الفلس، وكالرهن إذا بيع جبراً على الرهن هل يباع معه ما لم يؤبر من الثمرة على وجهين:

والضرب الثالث: ما لم يكن من عقود المعاوضات لكنه على وجه المراضاة كالهبة والوصية، فهل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعاً له على وجهين يذكران في الهبة.

والضرب الرابع: ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذاً على وجه المراضاة كالطلاق إذا استرجع به نصف المهر قبل الدخول فلا تكون الثمرة داخلة فيه لا يختلف فيه المذهب، وكالوالد إذا رجع فيما وهبه لولده لم يكن للوالد استرجاع الثمرة منه على الصحيح من المذهب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَقَلُّ الإِبَارِ أَنْ يُؤْبَرَ شَيْءٌ مِنْ حَائِطِهِ وَإِنْ قَلَّ وَإِنْ لَمْ يُؤْبَرِ الَّذِي إِلَى جَنْبِهِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى مَا أُبِرَ كُلِّه».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا أبر الحائط أو نخلة منه كان تأبيراً لجميعه، وصار ما لم يؤبر من الحائط في حكم ما قد أبر منه في كونه للبائع وخروجه من البيع لقوله ﷺ: «مَنْ بَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ» ولم يفصل بين أن يكون التأبير في جميعه أو بعضه، ولأن في اعتبار التأبير في كل نخلة مشقة وفي تبعيض الثمرة بين البائع والمشتري اختلاف وسواء مشاركة فجعل ما لم يؤبر تبعاً لما قد أبر في خروجه من البيع.

فإن قيل: فهلا جعلتم ما قد أبر تبعاً لما لم يؤبر في دخوله في البيع.

قل: لأن المؤبرة ظاهرة وغير المؤبرة باطنة وقد استقر في الشرع أن يكون الباطن تبعاً للظاهر ولا يكون الظاهر تبعاً للباطن. ألا ترى أن ما بطن من أساس الحائط ورؤوس الأجذاع تبع لما ظهر في جواز البيع، ولا يكون ما ظهر تبع لما بطن في بطلان البيع.

فصل: فإذا ثبت أن تأبير بعض النخل تأبير لجميع النخل فلا يخلو حال النخل من أحد أمرين:

إما أن يكون نوعاً واحداً أو أنواعاً.

فإن كان نوعاً واحداً فتأبير نخلة منه كتأبير جميعه.

وإن كان أنواعاً فتأبير نوع منه فهل يكون تأبيراً لجميع أنواعه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن خيران أن كل نوع معتبر بنفسه وأن تأبير أحد الأنواع لا يكون تأبيراً لجميع الأنواع لأن تلاحق النوع الواحد متقارب وتلاحق الأنواع المختلفة متباعد.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن تأبير النوع الواحد من النخل تأبير

لجميع أنواع النخل لما ذكرنا من خوف الاختلاف وسوء المشاركة وأنه ربما اتفق تأبير الأنواع المختلفة واختلف تأبير النوع الواحد.

فصل: فإذا جرى على جميع الحائط حكم التأبير وجعل الثمرة للبائع خارجة من البيع فأطلعت النخلة بعد ذلك طلعاً مستحدثاً نظر فيه، فإن كان من طلع العام المستقبل كان للمشتري، وإن كان من طلع العام الماضي تأخر ثم أطلع بعد تأبير ما تقدم ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يكون للمشتري لحدوثه على ملكه.

والثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني أنه يكون للبائع لأنه لما كان ما لم يؤبر تبعاً لما قد أبر خوفاً من سوء المشاركة، وجب أن يكون ما لم يطلع تبعاً لما قد أطلع خوفاً أيضاً من سوء المشاركة. والوجه الأول أصح.

والفرق بين ما ذكره أن ما لم يؤبر يصح عليه العقد ويلزم فيه الشرط فجاز أن يصير تبعاً لما قد أبر في العقد.

وما لم يطلع لا يصح عليه العقد ولا يلزم فيه الشرط، فلم يصر تبعاً لما قد استثناه العقد، ولو كان ما ذكره تعليلاً صحيحاً لجاز بيع ما لم يخلق من الثمار تبعاً لما قد خلق كما يجوز بيع ما لم يبدو صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه، وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله وفساد تعليله.

فصل: فإذا كان له حائطان محرزان فباعهما وقد أبرت ثمرة أحدهما ولم تؤبر ثمرة الآخر فلكل واحد من الحائطين حكم نفسه لامتيازهما وتكون الثمرة المؤبرة للبائع وثمرة الحائط الذي لم يؤبر للمشتري.

ولو كان حائطاً واحداً فأبرت ثمرة مقدمه ولم تؤبر ثمرة مؤخره فإن باع جميع الحائط كان كل الثمرة في حكم المؤبرة، وإن أفرد العقد على إحدى الحصتين نظر فإن كان العقد على مقدم الحائط الذي قد أبر فثمرته للبائع، وإن كان على مؤخر الحائط الذي لم يؤبر ففيه وجهان:

أحدهما: للبائع أيضاً لأن الحائط واحد وتأبير بعضه تأبير لجميعه فيصير المؤخر الذي لم يؤبر في حكم المقدم الذي قد أبر.

والوجه الثاني: أنها تكون للمشتري لأن إفراد المؤخر بالعقد يجعله في حكم الحائط المحرز فلا يكون تبعاً لغيره في التأبير. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ تَشَقَّقَ طَلْعُ إِنَاثِهِ أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ فَهُوَ فِي مَعْنَى مَا أُبِرَ كُلُّه».

قال الماوردي: أما التأبير فهو التلقيح والتلقيح هو أن يشقق طلع الإناث ويوضع فيه شيء من طلع الفحول ليشتد برائحته ويقوى فلا يلحقه الفساد على ما جرت به العادة وصحت فيه التجربة، وقد رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا دَخَلَ الْمَدِينَةَ رَأَى الأَنْصَارَ يُؤَبِّرُونَ النَّخْلَ، فَسَأَلَ عَنْ ذَلِكَ فَأَخْبَرُوهُ بِهِ، فَقَالَ لَوْ تَرَكُوهَا لَصَلُحَتْ، فَتَرَكُوهَا فَتَغَيَّرَتْ، فَقِيلَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: «مَا كَانَ مِنْ أَمْرِ دُنْيَاكُمْ فَإِلَيْكُمْ وَمَا كَانَ مِنْ أَمْرِ الآخِرَةِ فَإِلَيَّ[1]».

فلو تشقق طلع الإناث ولم يلقح بطلع الفحول صح التأبير وخرجت من العقد لأن التلقيح ربما ترك فصلحت الثمرة، وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحة أصلح لثمرته. فلو لم يتشقق لطلع بنفسه لكن شققه أربابه فإن كان ذلك في وقت الإدراك وزمان الحاجة كان تأبيراً، وإن كان قبل الإدراك وفي غير زمان الحاجة لم يكن تأبيراً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ فِيهَا فُحُولُ نَخْلٍ بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ الإِنَاثُ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ وَهِيَ قَبْلَ الإِبَارِ وَبَعْدَهُ فِي الْبَيْعِ فِي مَعْنَى مَا لَمْ يَخْتَلِفْ فِيهِ مِنْ أَنَّ كُلَّ ذَاتِ حَمْلٍ مِنْ بَنِي آدَمَ وَمِنَ الْبَهَائِمِ بِيعَتْ فَحَمْلُهَا تَبَعٌ لَهَا كَعُضْوٍ مِنْهَا لأَنَّهُ لَمْ يُزَايِلْهَا فَإِنْ بِيعَتْ بَعْدَ أَنْ وَلَدَتْ فَالْوَلَدُ لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن طلع الفحول إذا تشقق كان مؤبراً وقبل تشققه على وجهين:

أحدهما: لا يكون مؤبراً كطلع الإناث.

والثاني: يصير في حكم المؤبر لأنه يوجد في الغالب طلعاً.

فإذا تبايعا نخلاً فيها فحول وإناث فإن أبر طلع الإناث كان طلع الفحول تبعاً له سواء تشقق أو لم يتشقق.

ولو أبر طلع الفحول إما بالتشقق أو بظهور الطلع في أحد الوجهين ولم يؤبر شيء من طلع الإناث فهل يصير طلع الإناث تبعاً له في التأبير حتى يحكم بجميعه للبائع على وجهين:

أحدهما: يصير طلع الإناث تبعاً لطلع الفحول في التأبير كما صار طلع الفحول تبعاً لطلع الإناث في التأبير.

والوجه الثاني وهو أصح: أن طلع الإناث لا يتبع طلع الفحول وإن كان طلع الفحول يتبع طلع الإناث، والفرق بينهما: أن مقصود الثمار هو طلع الإناث لأنه يصير بسراً ورطباً وتمراً وطلع الفحول تبع له لأنه مراد لتلقيحه وليس يقصد في نفسه فلذلك صار طلع الفحول تبعاً لطلع الإناث، في التأبير ولم يصر طلع الإناث تبعاً له.

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢٤٧١) وأحمد في المسند ١٢٣/٦.

فصل: فإذا أخذ طلع الفحول جاز بيعه في قشره لأن استيفاءه في القشر من صلاحه كالرمان. وكان أبو إسحاق المروزي يمنع من بيعه في قشره حتى يصير بارزاً وليس هذا بصحيح لما ذكرنا.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالْكُرْسُفُ إِذَا بِيعَ أَصْلُهُ كَالنَّخْلِ إِذَا خَرَجَ جَوْزُهُ وَلَمْ يَتَشَقَّقْ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي وَإِذَا تَشَقَّقَ فَهُوَ لِلْبَائِعِ».

قال الماوردي: أما الكرسف فهو القطن بلغة الحجاز وهو بالبصرة ومصر وأطراف اليمن والحجاز شجر يلفظ عام بعد عام، ويكون في سائر البلاد زرعاً يحصد في كل عام فتكلم الشافعي رحمه الله على حكمه في بلاده فإذا كان القطن في بلاد يكون شجراً كان منزلاً في أحواله تنزيل النخل لأنه في كمام ينشق عنه، فإذا بيع شجر القطن مع الأرض أو مفرداً عن الأرض وكان حمله ساقطاً أو ورداً أو جوزاً منعقدا فهو للمشتري تبع لأصله كثمر النخل إذا كان طلعاً لم يؤبر، وإن كان جوزه قد تشقق وقطنه قد ظهر فهو للبائع لا يتبع أصله كثمر النخل إذا أبر.

فأما إذا كان القطن في بلاد زرعاً فلا يجوز أن يباع مفرداً عن الأرض إلا أن يشتري القطع، وإذا بيعت الأرض لم يدخل في البيع نبات القطن ولا ما فيه من ورد وجوز كسائر الزروع والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيُخَالِفُ الثِّمَارَ مِنْ الأَعْنَابِ وَغَيْرِهَا النَّخْلُ فَتَكُونُ كُلُّ ثَمَرَةٍ خَرَجَتْ بَارِزَةً وَتُرَى فِي أَوَّلِ مَا تَخْرُجُ كَمَا تُرَى فِي آخِرِهِ فَهُوَ فِي مَعْنَى ثَمَرِ النَّخْلِ بَارِزاً مِنَ الطَّلْعِ فَإِذَا بَاعَهُ شَجَراً مُثْمِراً فَهُوَ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ لأَنَّ الثَّمَرَ فَارَقَ أَنْ يَكُونَ مُسْتَوْدَعاً فِي الشَّجَرِ كَمَا يَكُونُ الحَمْلُ مُسْتَوْدَعاً فِي الأَمَةِ».

قال الماوردي: وجملته أن النبات ضربان: شجر وزرع.

فأما الشجر فهو ما كان على ساق فلا يخلو حال حمله من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون مقصوده الورق.

والثاني: أن يكون مقصوده الورد.

والثالث: أن يكون مقصوده الثمر.

فأما ما كان المقصود منه الورق فكالحنا والتوت.

فأما الحنا فإن ورقه يبدو بعد تفرع أغصانه من غير أن يكون في عقدة ينفتح عنها، فإذا بدا ورقه بعد التفرع صار في حكم النخل المؤبر فيكون للبائع.

وأما شجر الفرصاد فنوعان:

ـ نوع منه يعرف بالشامي يقصد منه ثمره دون ورقه فحكمه حكم ثمر الأشجار إذا طلع فلا اعتبار بظهور ورقه.

ـ ونوع منه يقصد منه ورقه دون ثمره، وورقه يبدو في عقدة ثم ينفتح عنها فإن كان في عقدة فهو تبع لأصله، وإن كان عقدة قد انشقت وظهر ورقها لم يتبع أصله، وكان للبائع، وكذا القول في كل ما قصد منه الورق.

وأما ما كان المقصود منه الورد فيتنوع نوعين:

ـ نوع منه يبدو بارزاً كالياسمين فهذا إذا وجد الورق فيه لم يتبع أصله.

ـ ونوع منه يبدو مستجناً إما بعقد ينفتح عنها أو بغطاء ينكشف عنه كالورد المطلق، فإن كان في كمامه لم يبرز فهو تبع لأصله، وإن برز عما تحته لم يتبع أصله وكان للبائع.

وأما ما كان المقصود منه الثمر فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يبدوا بارزاً منعقداً كالتين فهذا وجوده في شجره كالتأبير لا يتبع أصله ويكون للبائع.

والضرب الثاني: ما يبدو في كمام يتشقق عنه كالجوز عليه قشرتان:

إحداهما عليا تنشق عنه في شجره، والثانية سفلى يؤخذ معها ويدخر بها فهذا في حكم طلع النخل فإذا كان في قشرته العليا فهو تبع لأصله ويكون للمشتري.

وإن انشقت عنه القشرة العليا وبرزت القشرة السفلى لم يتبع أصله وكان للبائع.

والضرب الثالث: ما يبدو ورداً ونوراً ثم ينعقد حباً كالتفاح والمشمش والرمان والسفرجل والكمثري وما في معناه فإذا كان ورداً ونوراً فهو تبع لأصله ويكون للمشتري، وإن انعقد وتساقط نوره لم يتبع أصله وكان للبائع، وكذلك اللوز في معناه.

فأما الكرم فنوعان: منه ما يورد ثم ينعقد، ومنه ما يبدو حباً منعقداً فيتعين كل واحد من النوعين بحكم ما ذكرنا من نظائره فهذا حكم الشجر وما في معناه.

فإن لم يكن شجر مثل بصل النرجس والزعفران إلا أنه يبقى سنين في موضعه فيكون كشجر الورد على ما ذكرنا.

وأما الزرع فضربان:

ضرب إذا حصد لم يبق له أصل يستخلف كالبر والشعير فهذا لا يتبع أصله إلا بالشرط ولا يجوز إفراده بالعقد إلا بشرط القطع.

وضرب آخر يجز مراراً ويستخلف كالعلف وهو القت وأنواع من البقول فيكون ما طلع منه وظهر للبائع لا يتبع الأصل وهل ينتظر بما طلع تناهي جذاذه أم لا على وجهين:

أحدهما: ينتظر به تناهي جذاذه فإذا بلغ الحد الذي جرت العادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع ويكون ما بعد تلك الجذه بكمالها للمشتري.

وهذا قول من زعم أن مـا أطلع من ثمار النخـل بعد العقـد للبائـع تبعاً لمـا أطلع منها وأبر.

والـوجه الثـاني: أنه لا ينتـظر به كمـال جذاذه بـل يكون للبـائع مـا ظهـر منـه وإن لم يستكمل، ويؤمر بجـذاذه وإن لـم يستكمل، ويكـون الأصل البـاقي وما استخلف طلوعـه من بعد العقد تبعاً للأصل. وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمـار النخل من بعـد العقد يكـون للمشتري ولا يكون تبعاً لما أطلع فيه وأبر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَعْقُـولٌ إِذَا كَانَتْ الثَّمَـرَةُ لِلْبَائِـعِ أَنَّ عَلَى الْمُشْتَرِي تَرْكَهَا فِي شَجَرِهَا إِلَى أَنْ تَبْلُغَ الجِدَادَ أَوِ الْقِطَافَ أَوِ اللَّقَاطَ فِي الشَّجَرِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا صارت ثمرة النخلة للبائـع فلا يخلو حـالها من أحـد أمرين:

ـ إما أنْ تصير له بالتأبير أو بالشرط قبـل التأبيـر فإن صـارت له بـالشرط والاستثنـاء قبل التأبير فعلى البائع قطعها في الحال ولا يلزم المشتري تركها على نخله إلا باختياره وإنما كان كذلك لأن استثناء البائع لها إنما يصح على شرط القطع لما ذكرنا وهذا الشـرط يوجب عليـه التزام موجبه.

وإن صارت الثمرة له بالتأبير من غير شرط فللبائع تركها على نخلها وشجرهـا إلى أوان جذاذها ولقاطها ولا يلزم قطعها ولا للمشتري أن يمتنع من تركها.

وقال أبو حنيفة: على البائع قطعهـا ولا يلزم المشتري تـركها احتجـاجاً بـأن المشتري يملك منفعة ما ابتاعه، فهو يملك منفعة النخل كما يملك منفعة الدار، فلما كان لو ابتاع داراً وجب على البائع نقل ما فيها من متاعه ليسلم المشتري منفعة داره لذلك لو ابتاع نخلاً وجب على البائع جذاذ ما عليها من ثماره ليسلم المشتري منفعة نخله ثم أخذ الثمرة أولى لأن تركها مضر وترك المتاع غير مضر. ولأنه لو استحق البائع ترك الثمرة لكان قد استثنى منفعة ما باعـه كمن باع داراً واشترط سكناها فلما كان هذا فاسداً كان ما أدى إليه فاسداً.

ودليلنا: هو أن المبيع إذا كان مشغولاً بملك البائـع وجب عليه نقله على مـا جرت بـه العـادة واستقر العـرف عليه ألا تـرى لو بـاع داره ليلاً لم يلزم الانتقـال عنهـا في الحـال حتى يصبح اعتباراً بالعادة والعرف، ولو كانت الدار مملوءة بمتاعه لم يلزمه أن يجهد نفسه في نقله في يومه حتى ينقله في الأيام اعتباراً بالعادة والعرف وجب إذا باعه نخلاً ألا يلزمه أخذ ثمـرها في الحال حتى ينتهي إلى وقت الجذاذ اعتباراً بالعادة والعرف.

ولأن ما ثبت بالعادة والعرف في حكم ما ثبت بالشرط بدليل أن الأثمان المطلقة تحمل على غالب النقد كما لو ثبت ذلك بالشرط، والعرف في الثمار تركها إلى وقت الجذاذ، فلمـا

كـان لو شـرط البائـع تركهـا إلى وقت الجذاذ لـزم، وجب إذا كان العـرف أن تترك إلى وقت الجذاذ أن تلتزم.

فأما الجواب عما ذكره من الدار فهما سواء والعرف فيهما معتبـر لكن العرف في الـدار أن ينقل البائع متاعه في أول أوقات الإمكان وفي الثمار في أول أوقات الجذاذ ثم يقول منفعة الدار تبطل بإقرار المتاع فيها ولا تبطل منفعة النخـل باقـرار الثمرة عليهـا. وأما الجـواب عن استدلاله بأنها منفعة مستثناه كالسكنى فهو أن الأصول قد فـرقت بين استثناء المنفعـة بالعقـد وبين استثنائها بالشرط. ألا تـرى أنه لـو باع أمـةً واستثنى الاستمتاع بهـا لـم يجز وكـان العقد فاسداً، ولو كانت مـزوجه كـان الاستمتاع بهـامستثنىوالعقـد صحيح ثم الفـرق بين السكنى والنفقة ما ذكرناه من قبل.

فإذا تقرر أن استيفاء الثمرة إلى أوان الجذاذ فإن كانت مما تؤخـذ ثمراً إلى أول أوقـات جذاذها ثمراً، وإن كانت مما تؤخذ رطباً فإلى أول أوقات لقاطها رطباً، وإن كـانت مما تؤخـذ بسراً فإلى أول قـطعها بسـراً، وكذا الكـلام في الكرم والشجـر فنقر الكـرم إلى وقت القطاف والشجر إلى وقت اللقاط.

مسـألة: **قـال الشافعِيُّ** رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَـالَى: «فَـإِذَا كَـانِ لا يُصْلِحُهَـا إلَّا السَّقْيُ فَعَلَى الْمُشْتَرِي تَخْلِيَةُ البَائِعِ وَمَا يَكْفِي مِنْ السَّقْى وإنَّـما لَـهُ مِنَ الْمَاء مَا فِيهِ صَلاَح ثَمَرِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال:

إذا استحق البائع ترك الثمرة على نخل المشتري إلى وقت الجـذاذ فقد تحتـاج الثمرة إلى مـا يصلحهـا من السقي فيجب على المشتـري تمكينـه من السقي لمـا قـد استحقـه من إصلاح ثمرته، وإذا كان كذلك فلا يخلو حال السقي من أحد أمرين:

إما أن يكون ممكناً أو متعذراً.

فإن كان السقي ممكناً لم يخل حاله من أربعة أقسام:

أحـدها: أن يكـون نافعـاً للنخل والثمـرة فللبائـع أن يسقي وعلى المشتري أن يمكنـه ومؤنة السقي على البائع دون المشتري لما فيه من صلاح ثمرته وإن كان لنخل المشتري فيـه صلاح لأن الأغلب من حال السقي صلاح الثمرة والنخل تبع.

والفرق بين هذا وبين أن يبيع صاحب النخل ثمرته فيجب سقيها على صـاحب النخل دون مشترى الثمرة أن من باع ثمرة وجب عليه تسليمها بمنافعها، ومن منافعها السقي فـوجب على بائـعها دون المشتري لها، وليست هذه الثمرة الحاصلة لبائـع النخل بـالتأبيـر مضمونـة غلى صـاحب النخل بـالتسليم فلم يجب عليه السقي فلو امتنـع البائـع في مسألتنـا من سقي ثمرته لم يجبر عليه، وقيل لمشتري النخل إن أردت سقي نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه.

والحال الثانية: أن يكون السقي مضراً بالنخل والثمرة فإن أراد صاحب النخل أن يسقي كان لصاحب الثمرة أن يمنعه لأنه لا ينفعه ويضر غيره.

وإن أراد صاحب الثمرة أن يسقي كان لصاحب النخل أن يمنعه لأنه لا ينفعه ويضرغيره.

فلو قال صاحب الثمرة أريد أن آخذ الماء الذي كنت استحقه لسقي ثمرتي فأسقي به غيرها من الثمار أو الزرع لم يجز، وكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذي كان يستحقه لسقيها إلى وقت الجذاذ لأنه إنما كان يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها.

والحال الثالثة: أن يكون السقي نافعاً للنخل مضراً بالثمرة، فقد اختلف أصحابنا هل لصاحب النخل أن يسقي مع ما في السقي من مضرة الثمرة؟.

فحكي عن أبي إسحاق المروزي أنه قال: لصاحب الثمرة أن يمنعه من السقي لما فيه من مضرة الثمرة، فإذا منعه كان لصاحب النخل فسخ العقد لما يلحقه في منع السقي من المضرة.

وحكي عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال لصاحب النخل أن يسقي ويجبر صاحب الثمرة على تمكينه لما فيه من حقوق ملكه ولا خيار، ثم مؤنه السقي ها هنا على صاحب النخل لاختصاصه بالمنفعة.

والحال الرابعة: أن يكون السقي نافعاً للثمرة مضراً بالنخل فعلى قول أبي إسحاق المروزي لصاحب الثمرة أن يسقي لصلاح ثمرته، ولصاحب النخل فسخ البيع لما يلحقه من الأضرار بنخله.

وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة له أن يسقي ثمرته جبراً ولا خيار لصاحب النخل.
فلو اختلفا في قدر السقي لم يرجع فيه إلى واحد منهما وسئل أهل الخبرة بالثمرة، فما ذكروا أنه قدر كفايتها كان على صاحب النخل تمكينه منه دون الزيادة عليه أو التقصير عنه.

فصل: فأما أن كان الماء متعذراً فلا يخلو حال تعذره من أحد أمرين:

أما أن يكون لإعواز الماء أو لفساد آلته. فإن كان تعذر الماء لإعوازه سقط حكم السقي ثم لا يخلو حال الثمرة في تركها على النخل من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون تركها بغير سقي يضر بالنخل وبها فقطعها واجب ولرب النخل أن يجبر صاحب الثمرة على قطعها لأن فيه مضرة بالنخل وليس فيه منفعة للثمرة.

والحال الثانية: أن يكون تركها غير مضر بالنخل ولا بها فله ترك الثمرة إلى وقت جذاذها لأنه لا مضرة على صاحب النخل في تركها.

والحال الثالثة: أن يكون تركها مضراً بالثمرة دون النخل فصاحب الثمرة بالخيار في أخذ الثمرة أو تركها ولا يقال لصاحب النخل لأنه لا ضرر عليه فيها.

والحال الرابعة: أن يكون تركها مضراً بالنخل دون الثمرة ففيه قولان:

أحدهما: لرب الثمرة أن يقر الثمرة على النخل إلى وقت الجذاذ وإن ضر بنخل المشتري لما فيه من صلاح الثمرة ودخول المشتري معه على بصيرة.

والقول الثاني: على رب الثمرة أخذ ثمرته وللمشتري إجباره على قطعها ليزيل عنه ضرر تركها.

فأما إن تعذر الماء لفساد الآلة أو لفساد المجاري أو لطم الآبار فأيهما لحقه بتأخير السقي ضرر كان له إصلاح ما يوصله إلى الماء.

فإن كان ذلك مضراً بالنخل وجب على مشتري النخل أن يزيل الضرر عن نخله بسوق الماء إلى نخله ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته.

وإن كان مضراً بالثمرة لزمه ذلك أو يقطعها.

وإن كان مضراً بهما جميعاً لزم ذلك صاحب النخل لما ذكرنا إلا أن يبادر إلى قطع ثمرته فيسقط عنه والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا كَانَتْ الشَّجَرَةُ مِمَّا تَكُونُ فِيهِ الثَّمْرَةُ ظَاهِرةً ثُمَّ تَخْرُجُ مِنْهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ الخَارِجَةُ ثَمَرَةَ غَيْرِهَا فَإِنْ تَمَيَّزَ فَلِلْبَائِعِ الثَّمَرَةُ الْخَارِجَةُ وَلِلْمُشْتَرِي الْحَادِثَةُ وَأَنْ كَانَ لَايَتَمَيَّزُ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا لَايَجُوزُ الْبَيْعُ إِلَا أَنْ يُسَلِّمَهُ الْبَائِع الثَّمَرَة كُلَّهَا فَيَكُونَ قَدْ زَادَهُ حَقاً لَهُ أَوْ يَتْرُكَهُ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ فَيَعْفُوَ لَهُ عَنْ حَقِّهِ وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنْ الْبَيْعَ مَفْسُوخٌ وَكَذَلِكَ قَالَ فِي هذا الكِتَابِ وَ فِي الإِملاء عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ مَفْسُوخٌ وَهَكَذَا قَالَ فِي بَيْعِ الْبَاذِنْجَانِ فِي شَجَرِهِ وَالخربز».

قال الماوردي: ذكر الشافعي رحمه الله في الأم مسألتين نقل المزني أحداهما وأغفل المقدمة منهما فكان الأولى البداية بما أغفله ليكون جواب الأخرى مبنياً عليها وصورتها في رجل باع ثمرة شجر أو بطيخ مزاح أو حمل بادنجان فلم يأخذه المشتري من شجره ولا لقط البطيخ من مزاحه حتى حدثت ثمرة أخرى فالحادثة ملك البائع لا يملكها المشتري.

فإن كانت الحادثة تتميز عن الأولى بلون أوصغر أو نضج أخذ المشتري الثمرة المتقدمة، وأخذ البائع الثمرة الحادثة وليس بينهما نزاع.

وأن كانت الحادثة لا تتميز عن الأولى فقد صار المبيع مختلطاً بغيره ففي البيع قولان منصوصان:

أحدهما: أن البيع باطل لأن المبيع قد اختلط بما لم يتميز عنه قبل استقرار القبض، فأوقع ذلك جهالة في البيع فأبطله، ولا يلزم المشتري أن يستحدث هبة ما لم يتناوله العقد ليصح له العقد.

والقول الثاني: أن البيع لا يبطل لكن يقال للبائع اسمح للمشتري بالثمرة الحادثة، فإن سمح له بها لزم المشتري قبولها، وإن شح البائع بها وأقاما على الاختلاف والتنازع فيها فسخ الحاكم البيع بينهما.

ووجه هذا القول أن امتياز البائع عن غيره من حين العقد إلى وقت القبض يمنع من طرق الفساد عليه بعد القبض كالاستهلاك، وسماحه البائع بالحادثة لا تجري مجرى الهبة التي لا يلزم قبولها، لأن المقصود بها نفي الجهالة وتصحيح العقد، فشابهت الزيادة المتصلة كالكبر والسمن.

وأما المسألة الثانية وهي مسألة الكتاب فصورتها في رجل باع أرضاً ذات شجر مثمر، أو باع الشجر وحده وفيه ثمر، فحكم بالثمر للبائع لأجل التأبير، وبالشجر مع الأرض للمشتري فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتناول البائع ثمرته، فإن كانت الحادثة تتميز عن الأولى بصغر أو بلون، أو نضج كانت الأولى للبائع والحادثة للمشتري والبيع على حاله.

وإن كانت الحادثة لا تتميز عن الأولى نقل المزني في البيع قولان كالمسألة الأولى فاختلف أصحابنا فكان أبو علي بن خيران يمنع من تخريجها على قولين وينسب المزني إلى الغلط في نقله، ويقول البيع صحيح قولاً واحداً.

لأن اختلاط الحادثة بالمتقدمة اختلاط في غير المبيع لأن عقد البيع إنما يتناول الأرض والشجر وما كان عليه من الثمرة لم يدخل في العقد وما حدث من الثمرة لا يوجد وقت العقد، فلا يوقع ذلك فساداً في العقد.

وكان أبو إسحاق المروزي وطائفة يخرجون هذه المسألة على قولين:

أحدهما: أن العقد باطل لما ذكرنا.

والثاني: جائز ويقال للمشتري اسمح بالحادثة، فإن سمح لزم البيع، وإن شح بها قيل للبائع أتسمح بالمتقدمة للمشتري، فإن سمح بها (له) لزم البيع، وإن شح وتنازعا فسخ الحاكم البيع بينهما.

وما ذكره ابن خيران أصح جواباً وتعليلاً، وإن كان نقل المزني صحيحاً والإذعان للحق أولى من نصر ما سواه، وعلى ما يقتضيه مذهب ابن خيران إن تراضيا واتفقا على قدر

الحادثة من المتقدمة وإلا فالقول قول صاحب اليد ولا يفسخ البيع ؛ لأنه لا يجعل لما حدث تأثيراً في البيع.

مسألة: قَالَ المُزَنِي هكذا قال (يعني الشافعي) فِيمَنْ بَاعَ قُرْطاً جَزَّهُ عِنْدَ بُلُوغِ الجزازِ فَتَرَكَهُ الْمُشْتَرِي حَتَّى زَادَ كَانَ الْبَائِعُ بِالْخَيَارِ فِي أَنْ يَدَعَ لَهُ الْفَضْلَ الَّذِي لَهُ بِلاَ ثَمَنٍ أَوْ يَنْقض الْبَيْعَ».

قال الماوردي: وصورتها فيمن ابتاع قرطاً جزه يعني علفاً بشرط الجزاز أو ما جرى مجراه من البقول التي تباع جزاً فأخر المشتري جزه حتى طالت فقد حدثت زيادة غير متميزة فضمها المزني إلى مسألة الثمرة فاختلف أصحابنا وكان بعضهم يقول:

البيع جائز قولاً واحداً لأن طول العلف زيادة لا تتميز مثل كبر الثمرة فلما كانت الثمرة إذا أخر المشتري قطعها حتى كبرت لم يفسد البيع وكانت الزيادة له لأنها زيادة لا تتميز وجب في العلف إذا أخر جزه حتى طال ألا يفسد البيع وتكون الزيادة له لأنها لا تتميز.

وقال أبو إسحاق المروزي وجمهور أصحابنا أن في هذه المسألة قولين كالثمرة المبيعة إذا اختلطت بثمرة حادثة وهذا أصح.

والفرق بين ما ذكره الفريق الأول من كبر الثمرة وطول العلف أن كبر الثمرة لا يمتاز عن أصله، ولا يوجد بعد قطع الثمرة، وطول العلف متميز وإن كان متصلاً ويحدث بعد جزاز العلف فافترقا.

فإذا ثبت أن المسألة على قولين:

أحدهما: أن البيع باطل ويتراجعان.

والقول الثاني: أن البيع لا يبطل لكن يقال للبائع أتسمح للمشتري بالزيادة فإن سمح بها لزم البيع، وإن شح بها وأقاما على التنازع فسخ الحاكم بينهما وتراجعا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «كَمَا لَوْ بَاعَهُ حِنْطَةً فَانْثَالَتْ عَلَيْهَا حِنْطَةٌ فَلَهُ الْخَيَارُ فِي أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ الزِّيَادَةَ أَوْ يَفْسَخَ لاخْتِلاَطِ مَا بَاعَ بِمَا لَمْ يَبِعْ (قَالَ الْمُزَنِي) هَذَا عِنْدِي أَشْبَهُ بِمَذْهَبِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ قَبْضَ لأَنَّ التَّسْلِيمَ عَلَيْهِ مَضْمُونٌ بِالثَّمَنِ مَا دَامَ فِي يَدَيْهِ وَلاَ يُكَلَّفُ مَا لاَ سَبِيلَ لَهُ إِلَيْهِ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) قُلْتُ أَنَا فَإِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ لَمْ يَضُرَّ الْبَيْعَ شَيْءٌ لِتَمَامِهِ وَهَذَا الْمُخْتَلِطُ لَهُمَا يَتَرَاضَيَانِ فِيهِ بِمَا شَاءَا إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقُولُ لاَ أَدْرِي مَا لِي فِيهِ وَإِنْ تَدَاعَيَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الَّذِي كَانَتِ الثَّمَرَةُ فِي يَدَيْهِ وَالآخَرُ مُدَّعٍ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وصورتها فيمن ابتاع طعاماً مختلط بطعام للبائع فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك قبل القبض.

والثاني: بعده.

فإن كان ذلك قبل القبض فلا يخلو حال الطعام من أحد أمرين:

إما أن يكون معلوم القدر، أو غير معلوم القدر، فإن كان غير معلوم القدر كان كالثمرة المبيعة إذا اختلطت بثمرة حادثة فيكون في البيع قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز فإن تراضيا واتفقا وإلا فسخ البيع بينهما.

وإن كان معلوم القدر وذلك يكون بأحد ثلاثة أوجه:

إما أن يكون المبيع معلوم الكيل فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع.

وإما أن يكون المبيع غير معلوم الكيل وغير المبيع معلوم القدر فيعلم بقدر استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع.

فإذا كان المبيع معلوم القدر بأحد هذه الأوجه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر وكان تميز القدر يمنع من الجهالة وهو أقوى المقصودين منه فصح البيع وكان اختلاط العين مغيراً للصفة مع تقارب الأجزاء فصار عيباً يوجب الخيار، فوجب أن يكون البيع جائزاً وللمشتري الخيار، فإن فسخ رجع بالثمن، وإن أقام صار شريكاً للبائع فيه على قدر الحصتين، فإن كان الطعامان متماثلي القيمة تقاسماه كيلاً، وإن كانا مختلفي القيمة بيع وكانا شريكين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين إلا أن يتراضيا بقسمة ذلك كيلاً على الحصص دون القيم فيجوز.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن يكون اختلاط الطعام بعد قبضه فالبيع ماض لا يفسد لانبرامه بالقبض.

فإن قيل ما الفرق بين الطعام إذا اختلط بعد قبضه فلم يبطل البيع فيه وبين الثمرة إذا اختلطت بعد القبض في شجرها فبطل البيع فيها؟ على أحد القولين:

قيل الفرق بينهما أن قبض الطعام قد استقر فانبرمت علة العقد، وقبض الثمرة على نخلها وفي شجرها غير مستقر وعلة العقد لم تنبرم، ألا ترى أنها لو عطشت على نخلها وشجرها بعد قبضها وأضر ذلك بها، كان ذلك عيباً يستحق به المشتري خيار الفسخ، ولو كان القبض مستقراً والعقد منبرماً ما استحق به الفسخ كما لا يستحقه في الطعام بعد القبض.

فإذا ثبت أن البيع صحيح نظر، فإن كان قدر الطعام معلوماً بأحد الأوجه التي مضت تقاسماه على ما ذكرنا.

وإن كان قدر الطعام مجهولاً، فإن تراضيا بشيء اتفقا عليه جاز واقتسماه على ذلك، وإن تنازعا واختلفا نظر فإن كانت صبرة المشتري قد انثالت على صبرة البائع فالقول قول البائع في قدر ماله مما للمشتري مع يمينه لأن اليد له.

وإن كانت صبرة البائع قد انثالت على صبرة المشتري فالقول قول المشتري في قدر ماله مما للبائع مع يمينه لأن اليد له.

وقال المزني: القول قول البائع لأن يده قد كانت على الطعامين معاً وكان أعرف بقدرهما من المشتري المستحدث إليه، وهذا خطأ لأن ما وجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ أَرْضٍ بِيعَتْ فَلِلْمُشْتَرِي جَمِيعُ مَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَأَصْلٍ وَالأَصْلُ مَا لَهُ ثَمَرَةٌ بَعْدَ ثَمَرَةٍ مِنْ كُلِّ شَجَرٍ مُثْمِرٍ وَزَرْعٍ مُثْمِرٍ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن من ابتاع أرضاً ذات بناء وشجر لم يخل حال ابتياعه من ثلاثة أحوال:

إما أن يشترط دخول البناء والشجر في البيع لفظاً فيدخل.

وإما أن يشترط خروجه لفظاً فيخرج.

وإما أن يطلق العقد ويقول ابتعت منك هذه الأرض فنص الشافعي في البيع أن ما في الأرض من بناء وشجر يدخل في البيع، ونص في الرهن أن ما في الأرض من بناء وشجر لا يدخل في الرهن فاقتضى لاختلاف نصه في الموضعين أن اختلف أصحابنا في المسألتين على ثلاثة طرق:

إحداها: وهي طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص الوكيل أن نقلوا جوابه في البيع إلى الرهن وجوابه في الرهن إلى البيع وخرجوا المسألتين على قولين لاختلاف نصه في الموضعين. **أحدهما**: أن البناء والشجر لا يدخل في البيع ولا في الرهن جميعاً كما لا تدخل الثمرة المؤبرة في البيع ولا في الرهن.

والقول الثاني: أن البناء والشجر يدخل في البيع والرهن جميعاً بخلاف الثمرة المؤبرة لأن الثمرة المؤبرة تستبقي مدة صلاحها ثم تزال عن نخلها وشجرها فصارت كالشيء المتميز فلم تدخل إلا بالشرط، والبناء والشجر يراد للتأبير والبناء يجري مجرى أجزاء الأرض فصار داخلاً في العقد.

والطريقة الثانية: وهي طريقة أبي العباس وهو أنه جعل اختلافه اختلاف نصفه في الموضعين على اختلاف حالين.

فجعل ما نص عليه من دخول ذلك في البيع محمولاً على أنه لو قال بعتك الأرض بحقوقها يدخل في البيع البناء والشجر لأنه من حقوق الأرض ولو قال مثله في الرهن لدخل.

وجعل ما نص عليه من خروج ذلك من الرهن محمولاً على أنه قال رهنتك الأرض ولم يقل بحقوقها فلم يدخل في الرهن البناء والشجر لأنه أطلق ولو فعل مثله في البيع لم يدخل ولا فرق بين البيع والرهن.

والطريقة الثالثة: وهي طريقة أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة، وجمهور أصحابنا أن حملوا جوابه في كل واحد من الموضعين على ظاهره، وجعلوا البناء والشجر داخلاً في البيع بغير شرط ولم يجعلوه داخلاً في الرهن إلا بالشرط وفرقوا بين البيع والرهن بفرقين:

أحدهما: أن عقد البيع يزيل الملك فجاز أن يكون ما اتصل بالمبيع تبع له لقوته، وعقد الرهن يضعف عن إزالة الملك فلم يتبعه ما لم يسمه لضعفه.

والثاني: أنه لما كان ما حدث في البيع للمشتري جاز أن يكون ما اتصل به من قبل المشتري، ولما كان ما حدث في الرهن لا يدخل في الرهن اقتضى أن يكون ما تقدم الرهن أولى أن لا يدخل في الرهن.

فصل: فإذا ثبت على الصحيح من المذهب أن البناء والشجر يدخل في البيع فكذا كل ما كان في الأرض متصلاً بها من مسمياتها سواء كانت أجراً، أو حجارة، أو تراباً، وكذا تلال التراب التي تسمى بالبصرة جبالاً وجوخاتها وبيدرها وقدرها والحائط الذي يحظرها وسواقيها التي تشرب الأرض منها وأنهارها التي فيها وعين الماء إن كانت فيها فإنه يملكها.

واختلف أصحابنا أنه هل يملك الماء الذي فيها.

فقال أبو إسحاق: لا يملكه وإنما يصير الماء مملوكاً بالإجارة، ولو كان مملوكاً ما جاز للمستأجر استعماله ولوجب على المشتري إذا رد غرمه. قال: وإنما يكون أولى بالماء لما يستحقه من التصرف في ملكه، وأن له منع الغير من دخول ملكه، فلو دخل إنسان فأجار من مائه صار مالكاً له وإن تعدى بالدخول.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: قد ملك الماء الذي ينبع من أرضه من عين أو بئر لأنه يحدث عن ملكه، وأنه يجوز تملكه فصار كالماء الذي أجازه في إناء ولو أجاز منه إنسان شيئاً لم يملكه واستحق انتزاعه من يده وإنما جاز للمستأجر استعماله لأنه كالماء دون له بالعرف ولم يجب على المشتري غرمه لأن حكمه موضوع على التوسعة والله أعلم.

فصل: فلو كان في الأرض التي ابتاعها معدن كان داخلاً في البيع ظاهراً كان أو باطناً، وأما ما في المعدن فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون جامداً كالفضة والذهب والحرير والرصاص.
والضرب الثاني: أن يكون ذائباً جارياً كالنفط والزفت والقار فإن كان جامداً كالفضة والحديد كان ملكاً لمالكها، وإن كان ذائباً كالنفط والزفت والقار فعلى قول أبي إسحاق لا يملك إلا بالإجازة، ولو خرج عن أرضه لم يكن له منع الناس منه.

وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة يكون مملوكاً في الأرض لا يجوز لأحد أن يأخذ منه ولو خرج من الأرض لكان لمالكها منع الناس منه.

فصل: فأما ما تولد من أنهار الأرض وعيونها من السمك فلا يملك على المذهبين معاً إلا بالحيازة كما لا يملك ما فرخ من الصيد في أرضه إلا بأخذه، وإنما له منع الناس من ذلك لما فيه من دخول أرضه والتصرف في ملكه فإن أخذوه فقد ملكوه دونه.

فصل: فلو كان في الأرض دولاب للماء ففيه وجهان:
أحدهما: يدخل في البيع لاتصاله بها وإن كان فيه كمال منافعها فجرى مجرى أبواب الدار التي تدخل معها في البيع وإن لم يكن من جنسها فإنما تدخل في البيع لاتصالها بها وإن فيها كمال منافعها.

والوجه الثاني: لا يدخل في البيع كما لا يدخل فيه خشبة الزبوق وإن سقت ولا بقرة الدولاب وإن سقت.

وكان بعض أصحابنا يفصل فيقول إن كان الدولاب صغير يمكن نقله صحيحاً على حاله بغير مشقة لم يدخل في البيع كالزربوق. وإن كان كبيراً لا يمكن نقله صحيحاً إلا بالتفصيل أو بمشقة غالبة دخل في البيع لأنه نصب للاستدامة والبقاء فجرى مجرى الشجر والبناء.

فصل: فأما إن كان في الأرض رحاً للماء دخل في البيع بيت الرحا وبناؤه.
فأما حجارة الرحا ففيها ثلاثة أوجه:
أحدها: أنها لا تدخل في البيع علواً وسفلاً لأنها من تمام المنافع.
والثاني: لا تدخل فيه علواً ولا سفلاً لامتيازها.
والثالث: تدخل فيه السفلى لاتصاله ولا تدخل فيه العليا لانفصاله.

وأما دولاب الرحا الذي يديره الماء فيدير الرحا فهو تبع للرحا يدخل في البيع بدخوله ويخرج منه بخروجه وإلحاقه بالسفلى أولى من إلحاقه بالعليا.

فصل: فأما ما كان في الأرض من شجر مقطوع وبناء مقلوع وعلف مخزون وتمر ملقوط وتراب منقول وسماد محمول فكل ذلك للبائع لا يدخل في البيع إلا بالشرط أو يكون التراب أو السماد قد سقط في الأرض واستعمل.

فصل: فأما إذا باعه البناء والشجر ولم يتعرض لذكر الأرض فبياض الأرض الذي بين البناء والشجر لا يدخل في البيع لا يختلف، والفرق بين أن تباع الأرض فيتبعها البناء والشجر وبين أن يباع البناء والشجر فلا تتبعهما الأرض.

إن الأرض أصل والبناء والشجر فرع فإذا بيعت الأرض جاز أن يتبعها فرعها، وإذا بيع البناء والشجر لم تتبعه الأرض التي هي أصل.

فأما ما كان من الأرض قرارا للبناء والشجر ففي دخوله في البيع تبعاً للبناء والشجر وجهان:

أحدهما: لا يدخل لما ذكرنا.

والثاني: يدخل في البيع لأنه لا قوام للبناء والشجر إلا به فخالف بياض الأرض الذي يستغنى عنه.

فصل: فأما إذا قال بعتك هذا البستان فالبيع متوجه إلى الأرض ويدخل في البيع الشجر والغراس والنخل وكل ما له من النبات أصل لا يختلف فيه المذهب، بخلاف قوله بعتك هذه الأرض لأن اسم البستان لا ينطلق على الأرض البيضاء حتى تكون ذات نخل وشجر، فلو كان في البستان بناء كان كقوله بعتك هذه الدار على ما ذكرنا من اختلاف المذهب لأن البستان قد يخلو من البناء فينطلق عليه الاسم، ولا يخلو من الشجر والبناء فينطلق عليه الاسم.

وإن قال بعتك هذه القرية دخل في البيع سود القرية كله من البناء والمساكن والدكاكين والحمامات وما في خلال المساكن من النخل والشجر، ولا يدخل في البيع مزارعها ولا أرضها ولا بساتينها وإنما يدخل في الأرض ما اختلط ببنيانها ومساكنها وما كان من أفنية المساكن وحقوقها دون غيره.

فصل: وأما إذا باعه داراً وقال بعتك هذه الدار وأطلق فقد دخل في البيع ما اشتملت عليه الدار من بناء وسقوف وسفل وعلو وكل ما كان متصلاً ببنيانها على التأبيد داخلاً أو خارجاً من الأبواب المنصوبة والأجنحة والميازيب.

وقال أبو حنيفة: يدخل في البيع مع ذلك ما كان داخلاً ولا يدخل فيه ما كان خارجاً. ولأجله احترز الشرطيون في كتب الوثائق فقالوا وكل حق هو لها داخل فيها وخارج منها.

وهذا مذهب ظهر فساده بإجماع الكافة على خلافه وأن التعليل بالاتصال يوجب التسوية في الأمرين. وأما ما كان منفصلاً عنهما من آلة وقماش ودلو وبكرة فكله خارج عن البيع.

وقال زفر: كـل ما كـان في الدار من آلـة وقماش، لا يستغنى عنـه فجميعه داخـل في البيـع ولأجله احترز الشـرطيون في كتبهم فقـال: وكل حق هـو لها. وهـذا أظهـر فسـاداً من مذهب أبي حنيفة، ولـو جاز دخـول هذا في البيـع لجاز دخـول ما في الـدار من عبيد وإمـاء وماشية وطعام وما أحد قال بهذا تعليلاً بالانفصال.

وكذا كل ما كان منفصلاً وكذا كل ما فصل من أدلة البناء من آجر وخشب فلم تستعمل أو كانت أبواباً فلم تنصب فكل ذلك خارج من البيع لانفصاله. فأما السلم ودرج الخشب فإن كانت مثبتة الطرفين دخل جميـع ذلك في البيـع لاتصالـه بالبنيـان، وإن كانت منفصلة تـرفع وتوضع لم تدخل في البيع لانفصالها عن البنيان. .

وكذا الرفوف فإن كانت مبينة أو مسمرة دخلت في البيع وإن كانت منفصلة لم تدخل في البيع، وهكذا الإغلاق والإقفال ما كان منها منفصلاً لم يدخل في البيع وما كـان منها متصـلاً دخل في البيع وفي دخوله مفتاحه وجهان وهكذا كل ما كـان منفصلاً لا يمكن الانتفـاع به إلا مع متصل بالدار ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي يدخل في البيع لأنه تبع لمتصل.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لا يدخل في البيع لأنه في نفسه منفصل.

وكذا إذا كان المبيع دكاناً عليه دربات تغلق بها يريد به ألواح الـدكان فمـا كان متصـلاً منها بالحائط من الجنبين يدخل في البيع لاتصاله، وفي دخول الألواح المنفصلة وجهان وكذا التنور المبني داخل في المبيع وفي دخول رأسه وجهان، وهكذا السفينة يـدخل في البيـع من آلتها ما كـان متصلاً وفي دخـول مالا يستغنى عنـه من آلتها المنفصلة وجهـان. فأمـا الحباب المدفونة فإن كان دفنها لـلانتفاع بهـا على التأبيـد كحباب الـزياتين، والبـرازين، والدهـانين دخلت في البيع، وإن كان دفنها استيداعاً لها في الأرض لم تدخل في البيـع كما يـدخل في البيع من حجارة الأرض ما كان مبنياً ولا يدخل فيه ما كان مستودعاً.

فأما إن اتصـل بالـدار حجرة أو سـاحة أو رحبـة لم تدخـل في البيع لخـروج ذلك عن حدود الدار التي لا تمتاز الدار عن غيرها إلا بها ولا يصح العقد إلا بذكرها وهي أربعة حدود في الغالب فإن استوفى ذكرها صح البيع، وإن ذكر منها حداً أو حـدين لم يصح البيـع، وإن ذكر منها ثلاثة حدود وأغفل الرابع، فإن كانت الدار لا تتميز بذكر الحدود الثلاثة بطل البيـع. وإن تميزت بذكر الحدود الثلاثة فـالصحيح أن البيـع صحيح لحصـول الامتياز، وفيـه لبعض أصحابنا وجه آخر أن البيع بإغفال ذكره باطل.

فأما إن اتصل بالدار ساباط على حائط من حدودها فقد اختلف أصحابنا في دخوله في البيع مع الإطلاق على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يدخل في البيع كما لا تدخل الحجرة المتصلة بالدار.

والثاني: يدخل في البيع كما يدخل فيه الأجنحة والميازيب.

والوجه الثالث: وهو تخريج أبي الغياض أن تعتبر حال الأجذاع من الطرفين فإن كان كل واحد من الطرفين مطروحاً على حائط لهذه الدار دخل الساباط في البيع لأن جميعه تبع، وإن كان أحد الطرفين مطروحاً على حائط لغير هذه الدار لم يدخل في البيع لأن جميعه ليس بمبيع.

فصل: فأما إذا باعه عبداً وعليه ثياب أو أمة وعليها جلبابها فقد حكي عن عبد الله بن عمر أن جميع ما على العبد أو الأمة من ثياب وحلي يدخل في البيع لأنه يد قد ملكت.

وقال قوم بل يدخل في البيع من جميع ما عليها قدر ما يستر العورة.

وقال جمهور الفقهاء لا يدخل شيء من ذلك في البيع لانفصاله عن المبيع، ولقوله ﷺ: «مَنِ ابْتَاعَ عَبْدَاً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إلاَّ أَنْ يَشْتَرِيَ الْمُبْتَاعُ» ولو وجب قدر ما يستر العورة للزم قدر ما يسد الجوعة.

فصل: وإذا ابتاع دابة عليها سرج ولجام أو شيء من آلتها كالحبل والمقود لم يدخل شيء من ذلك في البيع.

وقال قوم يدخل في البيع الحبل والمقود وهو قول من أوجب في بيع العبد والأمة قدر ما يستر العورة وقد بينا وجه فساده، لكن يدخل في بيع الدابة النعال المسمرة في أرجلها لأنها كالمتصل وهي بخلاف القرط في الأذن حيث لم يدخل في البيع لأن نعال الدابة موضوعة للاستدامة والقرط لا يلبس للاستدامة.

فصل. فإذا ابتاع سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة أو جوهرة لم تدخل في البيع كما لا يدخل الكنز المدفون في الدار في البيع ثم ينظر في اللؤلؤة أو الجوهرة فإن كان فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة فهي لقطة لا تملك للصياد البائع، وإن لم يكن فيها أثر ملك من ثقب فهي ملك للصياد البائع كما يملك من ذلك ما يأخذه من معدنه، لأن الحوت والسمك قد يمر بمعادن اللؤلؤ والجوهر فربما ابتلع شيئاً منه. لكن لو ابتاع سمكة فوجد في جوفها سمكة كانت داخلة في البيع وملكها المشتري، والفرق بين السمكة تكون في جوف السمكة وبين اللؤلؤة:

أن السمكة قد تغتذي بالسمك فصار ما في جوفه من ذلك من أغذيته ومحكوم به من جملته وليس كذلك اللؤلؤ.

وهكذا لو ابتاع طائراً فوجد في جوفه سمكاً أو جراداً كان داخلاً في البيع لأنه من أغذيته، ولو وجد في جوفه خاتماً لم يدخل في البيع.

قال الشافعي رحمه الله: ويؤكل الحوت والجراد الموجود في جوف الطائر وهذا صحيح لأنهما يؤكلان ميتين لكن بعد الغسل لنجاستهما بما في جوف الطائر، ولو كان مأخوذاً من جوف الحوت لم يجب غسله لأن ما في جوف الحوت ليس بنجس، وما في جوف الطائر نجس.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ فِيهَا زَرْعٌ فَهُوَ لِلْبَائِعِ يُتْرَكُ حَتَّى يُحْصَدَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا باع أرضاً وفيها زرع يحصد مرة ويؤخذ دفعة كالبر والشعير والباقلا والكتان فهو للبائع لا يدخل في البيع إلا بالشرط بخلاف الشجر والغرس الموضوع للاستدامة والبقاء لأن الزرع لا يوضع للاستدامة وإنما يزرع لتكامل المنفعة فحل محل المتاع المودع فلذلك لم يدخل في البيع.

فإن قيل فالثمرة قبل التأبير تستبقى لتكامل المنفعة ثم تجتنا وهي داخلة في البيع فهلا كان الزرع مثلها؟.

قيل الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلفة الأصل المبيع، والزرع مستودع في الأرض بفعل الآدمي وقد فرق في الأصول بين ما كان من خلفه الأصل فيكون تبعاً، وبين ما يكون مستودعاً في الأصل فلا يكون تبعاً، ألا ترى أنه لو اشترى أرضاً فوجد فيها ركازاً لم يدخل في البيع لأنه مستودع في الأرض ولو وجد فيها معدناً كان داخلاً في البيع لأنه خلقة في الأرض فإذا ثبت أن الزرع لا يدخل في البيع فلا يخلو حال المشتري من أن يكون عالماً بالزرع أوغير عالم:

فإن كان عالماً بالزرع فلا خيار له في الفسخ.

وإن لم يكن عالماً بالزرع لأنه ابتاعها عن رؤية متقدمة ولم يرها وقت العقد فله الخيار في فسخ العقد لأن الزرع عيب لمنعه منفعة الأرض. فإن فسخ رجع بالثمن، وإن أقام فللبائع ترك الزرع في الأرض إلى وقت حصاده كما يكون له ترك ما أبر من الثمر إلى وقت جداده، ولا أجرة للمشتري على البائع في تركه لأنها منفعة مستحقة قبل ملكه، ما احتاج الزرع إلى سقي فعلى المشتري التمكين منه وعلى البائع مؤنته، فإذا انتهى إلى أول أوقات استحصاده وجب على البائع أن يحصده ولم يكن له في تركه استزادة في صلاحه ثم ينظر في الأرض بعد الحصاد فإن لم يبق للزرع عروق مضرة فقد استوفى حقه ولا شيء عليه، وإن بقيت للزرع عروق مضرة كان على البائع قلعها وإزالة الضرر بها إن شاء المشتري. فلو جز البائع زرعه قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض بعد قلع العروق المضرة وليس له استبقاء الأرض ما بقي من مدة الزرع لأنه إنما استحق من منفعة الأرض ما كان صلاحاً لذلك

الزرع، فلو كان الباقي من مدة الزرع بعد جزازه خمسة أشهر فزرعها ما يحصد في خمسة أشهر لم يجز وكانت الأجرة عليه واجبة، وإن رضي المشتري بتركه، ولو كان الزرع مما لو جز قبل حصاده قوي أصله واستخلف وفرخ كالدخن فجزه قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقي إلى وقت الحصاد لأنه من جملة ذلك الزرع، وليس له استبقاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد لأنه غير ذلك الزرع، وعلى البائع قلعه ولا يملكه المشتري كما لا يملك أصل القت الذي يجز مراراً، لأن القت أصل ثابت والزرع فرع زائل واستخلاف بعضه نادر.

فصل: فأما إذا ابتاع أرضاً مزروعة وشرط دخول الزرع في البيع فلا يخلو حال الزرع من أحد أمرين:

- إما أن يكون قد اشتد وبلغ الحصاد أو لا.

- فإن لم يبلغ حال الحصاد وكانت بقلاً أو قصيلاً صح البيع في الأرض والزرع ولا يلزم في الزرع اشتراط القطع لأنه دخل في العقد تبعاً للأرض فقد الغرر به فسقط اشتراط القطع فيه وصار كالثمرة التي لم يبدو صلاحها إذا بيعت مع نخلها صح العقد وإن لم يشترط فيها القطع.

وإن كان الزرع قد اشتد واستحصد فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون مشاهد الحب ليس دونه حائل يمنع من رؤيته كالشعير فالبيع فيه صحيح لأنه لما جاز بيع هذا الزرع منفرداً فأولى أن يجوز بيعه تبعاً.

والضرب الثاني: أن يكون الزرع غير مشاهد الحب بكمام يمنع من رؤيته كالحنطة والعدس ففي بيعه لو كان مفرداً قولان:

أحدهما: يجوز فعلى هذا بيعه مع الأرض أولى أن يجوز.

والثاني: بيعه لا يجوز فعلى هذا في جواز بيعه تبعاً للأرض وجهان:

أحدهما: يجوز لأن ما كان في البيع تبعاً لغيره جاز فقد رؤيته وجهاً له قدرة كأساس البناء ولبن الضرع.

والوجه الثاني: أن البيع فيه باطل لأنه وإن كان تبعاً لغيره فهو مقصود في نفسه بخلاف الأساس واللبن.

فإذا بطل البيع في الزرع ففي بطلانه في الأرض قولان في تفريق الصفقة.

ومن أصحابنا من أبطله في الأرض قولاً واحداً للجهل بحصة ما قابل الزرع المجهول من الثمن، وهذا من اختلاف أصحابنا في تعليل تفريق الصفقة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وإِنْ كَانَ زَرْعاً يُجَزُّ مِرَاراً فَلِلْبَائِعِ جَزَّةٌ وَاحِدَةٌ وَمَا بَقِيَ فَكَالأَصْلِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، وقد ذكرنا أن الزرع على ضربين:

- ضرب يجز مرة فيذهب أصله كالبر والشعير فقد مضى الكلام فيه.

- وضرب يجز مراراً وهو باقي الأصل كالقت والأشنان وأنواع من البقول.

فإذا بيعت أرض فيها منه، كان ما ظهر من نباته غير داخل في البيع، وكان الأصل الباقي تبعاً للأرض كالنخل والشجر وهل ينتظر بما ظهر من نباته تناهي جزازه على وجهين:

أحدهما: ينتظر به تناهي الجزاز.

والثاني: لا ينتظر به بل لا حق للبائع إلا فيما كان ظاهراً وقت العقد وبه قال أبو إسحاق المروزي وقد مضى توجيههما فعلى هذا لو كان النوع من الزرع بذراً لم يظهر بعد فمن انتظر فما ظهر منه تناهي الجزاز جعل ما ثبت من هذا البذر أول جزه للبائع ومن لم ينتظر به التناهي وجعل حق البائع مقصوراً على ما ظهر جعل البذر وجميع ما يظهر من نباته للمشتري.

فصل: فأما البطيخ والخيار والقثاء وما تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى لكن في عام واحد فقد اختلف أصحابنا في حكمه إذا بيعت الأرض وهو فيها على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين أنه يكون في حكم الشجر فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر، وللمشتري الأصل الباقي وما يظهر لأن ثمرته لا توجد دفعة فصار بالشجر أشبه.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين أنه يكون في حكم الزرع فيكون للبائع أصله وثمره، لأنه زرع عام واحد ولو تفرق لقاط ثمره، والشجر ما بقي أعواماً فألحق به في الحكم ما بقي أعواماً كالعلف ولم يلحق به ما لم يبق إلا عاماً واحداً كالزرع.

فصل: فأما الموز فأصله لا يحمل إلا سنة واحدة ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخاً يحمل في العام المقبل، فإذا كان كذلك فالأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزرع لأنه لا يبقى بعد سنته، والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ فِيهَا حَبٌّ قَدْ بَذَرَهُ فَالْمُشْتَرِي بِالْخَيَارِ إِنْ أَحَبَّ نَقْضَ الْبَيْعِ أَوْ تَرْكَ الْبِذْرِ حَتَّى يَبْلُغَ فَيُحْصَدَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ابتاع أرضاً فيها بذر لزرع لا يبقى له بعد حصاده أصل كالبر والشعير، فالبذر للبائع خارج من العقد لأنه مستودع في الأرض لتكامل المنفعة لا للاستدامة، فإن كان المشتري عالماً به فلا خيار له في فسخ البيع، وإن كان غير عالم فهو بالخيار فإن أقام كان البذر مقراً في الأرض إلى وقت حصاده كما قلنا في الزرع فإن قيل فهلا كان بيع الأرض المبذورة أو المزروعة باطلاً في أحد القولين كالأرض المستأجرة لأن منفعة المبيع في الحالين مستحقة.

قيل الفرق بينهما أن الأرض المشغولة بزرع البائع مقدور على تسليمها لأنه ليس عليها لغيره يد مانعة فصح بيعها قولاً واحداً والأرض المستأجرة غير مقدور على تسليمها؛ لأن عليها للمستأجر يد مانعة فبطل بيعها على أحد قولين. فلو شرط في عقد البيع دخول البذر، فإن كان يجهل حال البذر في جنسه وصفته لم يجز، وإن علمه فعلى وجهين:

أحدهما: يجوز لأنه تبع.

والثاني: لا يجوز لأنه مقصود فعلى هذا إذا بطل البيع في البذر ففي بطلانه في الأرض قولان من تفريق الصفقة.

ومن أصحابنا من أبطل البيع فيها قولاً واحداً والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَتْ فِيهَا حِجَارَةٌ مُسْتَوْدَعَةٌ فَعَلَى الْبَائِعِ نَقْلَهَا وَتَسْوِيَةَ الأَرْضِ عَلَى حَالِهَا لاَ يَتْرُكُهَا حُفَراً وَلَوْ كَانَ غَرَسَ عَلَيْهَا شَجَراً فَإِنْ كَانَتْ تُضِرُّ بِعُرُوقِ الشَّجَرِ فَلِلْمُشْتَرِي الْخَيَارُ وَإِنْ كَانَتْ لاَ تُضِرُّ بِهَا وَيَضُرُّهَا إِذَا أَرَادَ قَلْعَهَا قِيلَ لِلْبَائِعِ أَنْتَ بِالْخَيَارِ إِنْ سَلَّمْتَهَا فَالْبَيْعُ جَائِزٌ وَإِنْ أَبَيْتَ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي أَنْتَ بِالْخَيَارِ فِي الرَّدِّ أَوْ يَقْلَعُهُ وَيَكُونَ عَلَيْهِ قِيمَةُ مَا أَفْسَدَ عَلَيْكَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال:

إذا ابتاع أرضاً فظهرت فيها حجارة لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون مخلوقة في الأرض.

والثاني: أن تكون مبنية فيها.

والثالث: أن تكون مستودعة فيها.

فإن كانت الحجارة مخلوقة في الأرض فهي داخلة في البيع كما يدخل في البيع قرار الأرض وطينها، ثم لا يخلو حالها إذا كانت مخلوقة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون الحجارة مضرة بالأرض في الغرس والزرع جميعاً فهذا عيب يستحق المشتري به خيار الفسخ إلا أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع.

والحال الثانية: أن تكون الحجارة غير مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعد ما بينهما وبين وجه الأرض بحيث لا يصل إليها عرق زرع ولا غرس فليس هذا بعيب ولا خيار للمشتري.

والحال الثالثة: أن تكون الحجارة مضرة بالغراس لوصول عروقه إليها وغير مضرة بالزرع لبعد عروقه منها فقد اختلف أصحابنا هل يكون ذلك عيباً يوجب الخيار للمشتري على وجهين:

أحدهما: هو عيب لأنه قد منع بعض منافعها.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي أنه ليس بعيب ولا خيار فيه لأن الأرض إذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو تصلح للزرع دون الغرس لم يكن ذلك عيباً لكمال المنفعة بأحدهما، كذلك ما وجد فيها مانعاً من الغرس دون الزرع لم يكن عيباً ولا خيار.

والأصح عندي أن ينظر في أرض تلك الناحية فإن كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع فليس هذا عيباً ولا خيار فيه.

وإن كانت مرصدة للغرس فهذا عيب وفيه الخيار لأن العرف المعتاد يجري في العقود مجرى الشرط ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل فلا يكون في الجواب اختلاف، لكن ذكرت ما حكي وبينت ما اقتضته الدلالة عندي.

فصل: وإن كانت الحجارة مبنية في الأرض فهي داخلة في البيع لأنها موضوعة للاستدامة كالبناء الظاهر، وغالب الحال فيما بني في الأرض من حجر أنه غير مضر بغرس ولا زرع لأن العرف جار ببنيانه في مسنات الأرض ومشاربها ومجاري مياهها، فإن كانت كذلك فلا خيار للمشتري فيها لأنها زياده غير مضرة، فإن كانت الحجارة مبنية بخلاف العرف في موضع مضر بالغرس والزرع فللمشتري خيار الفسخ على ما مضى إلا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة المؤنة فلا خيار.

فصل: وإن كانت الجحارة مستودعة في الأرض وهي مسألة الكتاب فهي غير داخلة في البيع لأن ما أودع في الأرض للحرز ولم يوضع للاستدامة والتأبيد فهو كالكنز المدفون يكون للبائع ولا يدخل في البيع، وإذا كان كذلك لم يخل حال الحجارة من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون تركها غير مضر وقلعها غير مضر.

والثاني: أن يكون تركها مضراً وقلعها مضراً.

والثالث: أن يكون تركها غير مضر وقلعها مضراً.

والرابع: أن يكون قلعها غير مضر وتركها مضراً.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون تركها غير مضر لبعدها من عروق الغراس والزرع، وقلعها غير مضر به لأنه لم يحصل في الأرض غراس ولا زرع فالبيع لازم ولا خيار للمشتري لارتفاع الضرر، وعلى البائع قلع حجارته فإن سمح بها للمشتري لم يلزمه قبولها لأنها هبة محضة ويؤخذ البائع بقلعها، فإذا قلعها، فإن كان المشتري عالماً بالحجارة فلا أجرة له على البائع في مدة القلع لأن علمه بها يجعل زمان قلعها مستثنى كما نقر ثمرة البائع على نخل المشتري بغير أجرة لأن العلم بها يجعل زمان بقائها مستثنى.

وإن كان المشتري غير عالم بالحجارة اعتبر زمان القلع فإن كان يسيراً لا يكون لمثله أجرة كيوم أو بعضه فلا أجرة على البائع وإن كان كثيراً يكون لمثله أجرة نظر فيه.

فإن كان بعد قبض المشتري وجب على البائع أجرة المثل لتفويته على المشتري منفعة تلك المدة ووجب عليه أيضاً تسوية الأرض وإصلاح حفرها بقلع الحجارة، وإن كان ذلك قبل قبض المشتري فهل يجب على البائع الأجرة أم لا على وجهين.

أحدها: تجب عليه الأجرة لتفويته على المشتري ما ملكه من المنفعة كما لو كان بعد القبض.

والثاني: وهو مذهب جمهور أصحابنا لا أجرة عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوته على المشتري بيد البائع على الأرض.

فأما تسوية الأرض وإصلاح حفرها فلا تجب على البائع وجها واحداً، لكن يجب بذلك للمشتري خيار الفسخ لأنه عيب ونقص كما لو اشترى عبداً فقطع البائع يده قبل القبض لم يجب للمشتري أرش لكن يستحق به خيار الفسخ لأنه عيب ونقص وإن كان بعض القبض لزمته تسوية الحفر وجهاً واحداً ولا خيار للمشتري كما لو اشترى عبداً وقبضه فقطع البائع يده فليس الأرش وجهاً واحداً ولا خيار للمشتري لحدوث النقص فهذا القسم الأول.

فصل: **وأما القسم الثاني**: وهو أن يكون تركها مضراً لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضراً لما في الأرض من غراس وزرع فلا يخلو حال المشتري من ثلاثة أحوال:

إما أن يكون عالماً بالحجارة وبضررها، أو غير عالم بالحجارة ولا بضررها أو يكون عالماً بالحجارة غير عالم بضررها.

فإن كان عالماً بالحجارة وبضررها فلا خيار له في الفسخ ولا أجرة له في القلع، لأن العلم بالمعيب يمنع من الخيار والعلم بالحجارة يمنع من استحقاق الأجرة.

وإن كان غير عالم بالحجارة وبضررها فله الخيار في الفسخ لأجل ما يلحقه من الضرر والنقص، فإن فسخ رجع بالثمن، وإن أقام كانت الأجرة مستحقة على ما مضى وهو أن ينظر في الزمان فإن كان يسيراً فلا أجرة فيه، وإن كان كثيراً نظر، فإن كان بعد القبض استحق الأجرة وتسوية الأرض.

وإن كان قبل القبض ففي استحقاق الأجرة وجهان ولا يلزمه تسوية الأرض.

وإن كان المشتري عالماً بالحجارة غير عالم بضررها استحق الخيار في الفسخ لعدم علمه بالضرر ولا يستحق الأجرة إن أقام لعلمه بالحجارة، وأن العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى.

وعلى جميع الأحوال ليس للبائع إقرار الحجارة في الأرض إن أقام المشتري على البيع فهذا القسم الثاني.

فصل: **وأما القسم الثالث**: وهو أن يكون تركها غير مضر لبعدها من عروق الغرس والزرع، وقلعها مضر لما في الأرض من غراس وزرع وهي مسألة الكتاب فلا يخلو حال المشتري من أن يكون عالماً بالحال أو غير عالم.

فإن كان عالماً بالحال فللبائع قلع حجارته ولا خيار للمشتري ولا أجرة لأجل علمه، فلو كان المشتري قد غرس عليها، أو زرع كان للبائع قطع غرسه وزرعه ليصل إلى قلع حجارته.

وإن كان المشتري غير عالم بالحال قيل للبائع تسمح بترك الحجارة فإن سمح بها لزم البيع وسقط خيار المشتري ولم يكن له أن يمتنع من قبولهما ليثبت له الفسخ.

فإن قيل فهذه هبة والهبة لا يلزم قبولها.

قيل ليس المقصود بتركها الهبة حتى لا يلزم قبولها وإنما المقصود بتركها إسقاط الضرر على المشتري فيما يلحقه بالقلع فخرج عن معنى الهبة وسقطت فيه المكافأة والمنة ثم ليس للبائع إذا سمح بها أن يرجع فيها سواء وجد من المشتري القبول أم لا؛ لأنه يجري مجرى الإبراء الذي لا يجوز فيه الرجوع ولا يعتبر فيه القبول.

وإن قال البائع أريد قلعها ولست أسمح بها. قيل للمشتري هذا عيب تستحق به الخيار فإن فسخ رجع بالثمن، وإن أقام لم يخل حال الأرض التي يضر بها قلع الحجارة من ثلاثة أحوال:

إما أن يكون فيها غرس متقدم قد دخل في البيع، أو يكون فيها غرس قد استحدثه المشتري بعد البيع، أو يكون فيها زرع.

فإن كان فيها غرس متقدم قبل البيع يضر به قلع الحجارة. فللبائع قلع حجارته وينظر فإن قلعها بعد القبض فعليه أجرة مثل المدة وإن طالت، وأرش ما نقص الغرس بالقلع وتسوية الأرض.

وإن كان قبل القبض لم يلزمه أرش نقص الغرس، ولا تسوية الأرض وهل يلزمه الأجرة أم لا على وجهين.

وإن كان الغرس قد استحدثه المشتري بعد البيع فهذا لا يكون إلا بعد القبض فنلزمه الأجرة ونقص الغرس وتسوية الأرض ولا يلزم البائع ترك حجارته إلى مضي مدة الغراس.

وإن كان فيها زرع فزرع المشتري يكون بعد قبض الأرض وعلى البائع ترك حجارته إلى مضي الزرع؛ لأنه زرع غير معتد به فلا يقلع زرعه قبل حصاده.

والفـرق بينه وبين الغـرس أن الغرس مـوضوع لـلاستدامـة وليس لمدتـه حد وغـايـة، والزرع موضـوع للأخـذ ولمدتـه غايـة وحد، فـإذا حصد المشتـري زرعه قلع البـائع حينئـذٍ حجارته ولزمته الأجرة وتسوية الأرض فهذا القسم الثالث.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو أن يكون تركها مضراً لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها غير مضر؛ لأنه ليس عليها غراس ولا زرع فـالبائـع في هذا مجبـور على قلع الحجارة لدفع الضرر عن المشتري ولا خيار للمشتري لأن البائع مأخوذ بـدفع الضـرر عنه، ثم القـول في الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى إن كان بعد القبض لزمته الأجرة وتسوية الأرض وفي الأجرة وجهان:

وإن كـان ترك الحجـارة مضراً بـالغراس دون الـزرع لزم البـائع قلعهـا وجهاً واحـداً بخـلاف الحجـارة المخلوقة لأن الحجـارة المستودعـة تـدليس من البـائـع يمكنـه دفعـه، والمخلوقـة بخلافه. والله أعلم.

بَابُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ حَتَّى يَبْدُو صَلَاحُهُ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ حُمَيْدٍ عَنْ أَنَسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِي قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا تُزْهِي؟ قَالَ «حَتَّى تَحْمَرَّ»[1] وَرَوَى عَنْهُ ﷺ ابْنُ عُمَرَ «حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا» وَرَوَى غَيْرُهُ «حَتَّى تَنْجُوَ مِنَ الْعَاهَةِ» (قال) فَبِهَذَا نَأْخُذُ وَفِي قَوْلِهِ ﷺ «إِذَا مَنَعَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟» دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا نَهَى ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ الَّتِي تُتْرَكُ حَتَّى تَبْلُغَ غَايَةَ إِبَّانِهَا لَا أَنَّهُ نَهَى عَمَّا يُقْطَعُ مِنْهَا وَذَلِكَ أَنَّ مَا يُقْطَعُ مِنْهَا لَا آفَةَ تَأْتِي عَلَيْهِ تَمْنَعُهُ إِنَّمَا يُمْنَعُ مَا يُتْرَكُ مُدَّةً يَكُونُ فِي مِثْلِهَا الْآفَةُ كَالْبَلَحِ وَكُلِّ مَا دُونَ الْبُسْرِ يَحِلُّ بَيْعُهُ عَلَى أَنْ يُقْطَعَ مَكَانَهُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا في الباب الماضي الحكم في بيع النخل دون الثمرة، وفي بيع الثمرة مع النخل وهذا الباب مقصور على بيع الثمرة دون النخل ولا يخلو حال الثمرة المبيعة من أحد أمرين:

إما أن تكون بادية الصلاح، أو غير بادية الصلاح.

فإن كانت غير بادية الصلاح فلا يخلو حال بيعها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تباع بشرط التبقية.

والثاني: أن تباع بشرط القطع.

الثالث: أن تباع بيعاً مطلقاً.

فأما القسم الأول وهو أن تباع بشرط التبقية والترك فبيعها باطل لما روي أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِي، قِيلَ وَمَا تُزْهِي قَالَ حَتَّى تَحْمَرَّ»

وروى سعيد عن جابر قال «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ تُبَاعَ ثَمَرَةٌ حَتَّى تَشْقَحَ، قِيلَ وَمَا تَشْقَحَ، قَالَ تَحْمَارَّ وَتَصْفَارَّ وَيُؤْكَلَ مِنْهَا»[2].

---

(١) أخرجه البخاري حديث (٢١٩٨) ومسلم ٣/ ١١٩٠ حديث (١٥/ ١٥٥٥).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع وأبو داود ٢/ ٢٧٣ حديث (٣٣٧٠).

وَرَوَى نَافِعُ عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا» (١).

وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَحْرُزَ مِنْ كُلِّ عَارِضٍ» (٢).

وَرَوَى حَمِيدُ عَنْ أَنَسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تَنْجُوَ مِنَ الْعَاهَةِ» (٣).

وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُم مَالَ أَخِيهِ» فهذه خمسة أحاديث تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح وألفاظها وإن كانت مختلفة فمعانيها متفقة فيحتمل أن يكون النبي ﷺ قال هذه الألفاظ المختلفة في أزمان مختلفة فنقل كل واحد من الرواة ما سمعه من لفظه ويحتمل أن يكون النبي ﷺ قال أحد هذه الألفاظ فنقل كل واحد من الرواة المعنى وعبر عنه بغير ذلك اللفظ فكان اختلاف الألفاظ من جهة الرواة، ويجوز عندنا مثل هذا أن يعبر الراوي عن المعنى بغير اللفظ المسموع إذا كان المعنى جلياً.

وأما القسم الثاني: وهو أن تباع بشرط القطع فالبيع جائز لأنه لا منع من بيعها لأن تنجو من العاهة، وأن لا تعطب فيأخذ الرجل ملك أخيه. وكان اشتراط قطعها يؤمن معه عطبها وحدوث العاهة بها صح البيع. فلو سمح البائع بعد اشتراط القطع على المشتري بترك الثمرة إلى بدو الصلاح جاز لصحة العقد ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك.

وأما القسم الثالث: وهو أن تباع بيعاً مطلقاً لا يشترط فيه التبقية والترك، ولا يشترط فيه القطع.

فمذهب الشافعي رحمه الله: أن البيع باطل.

وقال أبو حنيفة البيع جائز ويؤخذ المشتري بقطعها في الحال بناء على أصله في أن إطلاق العقد يقتضى تعجيل القطع لأن من حقوق العقد تسليم المبيع من غير تأخير والتسليم لا يتم بالقطع، وإذا كان إطلاق العقد فيها يقتضي تعجيل قطعها ثم ثبت أنهما لو شرط تعجيل القطع صح العقد، وكذا مع إطلاق العقد المقتضى تعجيل القطع.

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٣٩٤ في البيوع حديث (٢١٩٤) ومسلم ٣/١١٦٥ في البيوع حديث (١٥٣٤/٤٩).

(٢) أخرجه أبو داود ٢/٢٧٣ في كتاب البيوع (٣٣٦٩).

(٣) أخرجه مسلم ٣/١١٦٥ والشافعي في المسند ٢/١٤٩ وأبو داود حديث (٣٣٦٨) والترمذي ٣/٥٢٠ في البيوع وقال: حسن صحيح والنسائي٧/٢٧١ وأحمد ٢/٥.

قال ولأن العقد إذا أمكن حمله على وجه يصح لم يجز أن يحمل على وجه الفساد فوجب أن يحمل إطلاق العقد على القطع ليصح ولا يحمل على التبقية ليفسد.

ولأنها ثمرة لم يشترط تركها فجاز بيعها كالمشروط قطعها؛ ولأن كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع جاز بيعها على الإطلاق كالبادية الصلاح.

ودليلنا: ما رويناه من الأحاديث الخمسة باختلاف ألفاظها واتفاق معانيها أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا فكان الاستدلال بها من وجهين:

أحدهما: أن النهي توجه إلى المعهود من البيعات، والمعهود من البيع إطلاق العقد دون تقييده بالشرط فصار النهي بالعرف متوجهاً إلى البيع المطلق دون المقيد.

والاستدلال الثاني أن النهي لا يخلو من أن يتوجه إلى بيعها بشرط القطع أو على شرط الترك أو على الإطلاق، فلم يجز أن يحمل على شرط القطع لجوازه إجماعاً، ولا على شرط الترك لأن النهي ورد مطلقاً، فثبت أنه محمول على البيع المطلق.

ولأن إطلاق العقد يقتضي التبقية والترك لأن العرف في القبض يجري مجرى الشرط، والعرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجداد فصار المطلق كالمشروط تركه ثم ثبت أن اشتراط تركها مبطل للبيع فكذا إطلاق عقدها الذي يجري بالعرف مجرى اشتراط تركها يجب أن يكون مبطلاً للبيع.

ولأنها ثمرة لم يبد صلاحها فوجب أن يصح إفراد بيعها من غير اشتراط قطعها قياساً على بيعها بشرط الترك.

فأما الجواب عما ذكروه في أن إطلاق عقدها يقتضي تعجيل قطعها فهو أنها دعوى تخالف فيها وليس التسليم بالقطع والتحويل وإنما هو برفع اليد والتمكين.

وأما حمله على وجه الصحة فغير مسلم وإنما يحمل على ما يقتضيه إطلاقه ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد.

وأما قياسه على المشروط قطعه فلا يصح لأن المطلق يقتضي الترك فبطل، والمشترط قطعه لا يقتضي الترك فصح.

وأما قياسه على ما بدا صلاحه فلا يصح من وجهين:

أحدهما: أنه يرفع النص فكان مطروحاً.

والثاني: أن ما بدا صلاحه قد نجا من العاهة وجاز بيعه بشرط الترك فلذلك جاز مطلقاً وليس كذلك ما لم يبد صلاحه.

فصل: فأما إذا ابتاع ثمرة لم يبد صلاحها وهو يملك نخلها التي هي عليه ببيع متقدم أو هبة أو وصية فهل يلزم اشتراط القطع في ابتياعها؟ على وجهين:

أحدهما: يلزم وإن لم يشترط فيها القطع فسد البيع لأنها ثمرة قد أفردت بعقد البيع.

والوجه الثاني: أن اشتراط قطعها لا يلزم لأنها تصير تبعاً للنخل في الملك كما لو اشتراها مع النخل فهذا الكلام فيما لم يبد صلاحه.

فصل: فأما ما بدا صلاحه من الثمار فلا يخلو بيعه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يباع بشرط القطع فيجوز بيعها إجماعا.

والقسم الثاني: أن يباع بشرط الترك إلى وقت الجداد فيجوز بيعها ويلزم تركها.

وقال أبو حنيفة: بيعها باطل احتجاجاً بأنها عين بيعت بشرط تأخير القبض فوجب أن يكون بيعها باطل كالعروض والأمتعة.

ولأنها ثمرة بيعت بشرط الترك فوجب أن يكون بيعها باطل كالثمرة التي لم يبد صلاحها ودليلنا: نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلاَحُهَا فجعل غاية النهي بدو الصلاح، والحكم بعد الغاية يجب أن يكون مخالفاً لما قبلها، فلما لم يجز اشتراط الترك قبل بدو الصلاح أقتضى أن يكون اشتراطه بعد بدو الصلاح.

ولأن الشرط إذا كان موافقاً للعرف لم يقدح في صحة العقد وقد ذكرنا أن العرف في الثمار تركها إلى وقت الجداد وهذا لا يفسد العقد وكذا ما وافقه من الشرط.

وأما الجواب عما ذكروه من أنه مبيع شرط فيه تأخير القبض فمن وجهين:

أحدهما: أن القبض يتأخر، لأن القبض في الثمار بالتمكين منها كالعقار.

والثاني: أنه لما كان العرف في الثمار تأخير قبضها جاز اشتراطه فيها، ولما لم يجز العرف في العروض بتأخير قبضها لم يجز اشتراطه فيها.

وأما قياسه على ما لم يبد صلاحه فلا يصح لأن السنة قد فرقت بينهما في الجواز والمنع فهذا حكم القسم الثاني.

وأما القسم الثالث: فهو أن يبيعها مطلقاً فالبيع جائز وللمشتري تركها إلى وقت الجداد.

وقال أبو حنيفة بيعها جائز وعلى المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن إطلاق العقد يقتضي القطع، وإطلاقه عندنا يقتضي الترك، وقد تقدم القول فيه اعتباراً بالعرف. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا أَذِنَ ﷺ فِي بَيْعِهِ إِذَا صَارَ أَحْمَرَ أَوْ

أَصْفَرَ فَقَدْ أُذِنَ فِيهِ إِذَا بدا فيه النَّضْجُ واسْتَطِيعَ أَكْلُهُ خَارِجَاً مِنْ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ بَلَحاً وَصَارَ عَامَّتُهُ فِي تِلْكِ الْحَالِ يَمْتَنِعُ فِي الظَّاهِرِ مِنَ العَاهَةِ لِغَلَظِ نَوَاتِهِ فِي عَامَّتِهِ وَبُسْرِهِ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن بدو الصلاح شرط في جواز البيع من غير اشتراط القطع وقد اختلف الناس في بدو الصلاح.

فروي عن ابن عمر أن بدو الصلاح في الثمار بطلوع الثريا.

وحكي عن عطاء أن بدو الصلاح بأن يوجد في الثمر ما يؤكل.

وحكي عن النخعي أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها.

ومذهب الشافعي أن بدو الصلاح يختلف باختلاف الأجناس، فبدو الصلاح في النخل بالاحمرار والاصفرار، وفي الكرم بالتموه إلى الحمرة أو السواد استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِي، قِيلَ وَمَا تُزْهِي، قَالَ حَتَّى تَحْمَرَّ أَوْ تَصْفَرَّ.

فأما اعتباره بطلوع الثريا فلا يصح لأن من البلاد ما يتعجل طلوع الثريا فيه ويتأخر صلاح ثمره، ومنها ما يتأخر طلوع الثريا فيه ويتعجل صلاح ثماره.

ولأن البلد الواحد قد يتعجل صلاح ثماره في عام لاشتداد الحر ودوامه ويتأخر في عام آخر لاشتداد البرد ودوامه، وطلوع الثريا لا يختلف بالحر والبرد.

وأما من اعتبره بوجود ما يؤكل منه فلا يصح لأن ثمار النخل قد تؤكل طلعاً ثم تؤكل بلحاً وحالاً، والكرم قد يؤكل حصرماً ولا يكون ذلك صلاحاً.

وأما من اعتبره بالقوة والاشتداد فغالط لأن قوة الثمار قبل صلاحها فإذا صلحت لانت ونضجت.

فصل: فإذا ثبت أن بدوّ الصلاح بما ذكرنا فبدأ صلاح نخلة من حائط كان بدوّ الصلاح جارياً على جميع نخل الحائط، ولا يجوز بيع غيره من ثمار البلد الذي لم يبد صلاحها ولا بيع ما في الحائط من غير ثمار النخل التي لم يبد صلاحها.

وقال مالك: إذا بدا صلاح نخلة من حائط جاز بيع ثمار البلد كله.

وقال الليث بن سعد: إذا بدا صلاح جنس في ثمار الحائط جاز بيع جميع أجناس الثمار التي في الحائط حتى إذا بدا صلاح النخل جاز بيع الكرم والفواكه.

واستدل مالك بأنه لما كان صلاح نخلة من حائط كصلاح جميع الحائط لتقارب بعضه من بعض وجب أن يكون صلاح نخل حائط من بلد كصلاح جميع نخل البلد لتقارب بعضه من بعض؛ لأن الهواء ليس يختلف فيه واستدل الليث بن سعد بأنه لما لم يميز الجنس الواحد في الصلاح إجماعاً خوفاً من سوء المشاركة واختلاف الأيدي لم تميز الأجناس المختلفة في الصلاح حجاجاً وخوفاً من سوء المشاركة باختلاف الأيدي.

والدلالة عليهما ما روي عن النبي ﷺ أَنَّـهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَـارِ حَتَّى تَنْجُو مِنَ الْعَـاهَةِ والثمرة لا تنجو من العاهة بصلاح غيرها حتى تصلح هي في نفسها.

ثم يقال لمالك: إنما جاز في الحائط الواحد إذا بدا صلاح بعضه لأنه يتساوى في الغالب في السقي والعمارة التي يتعجل الصلاح بها ويتأخر أخر بعدمها وثمار البلد كله لا تتساوى في السقي والعمارة بل تختلف فاختلف لذلك زمان صلاحها.

ويقال لليث بن سعد: إنما جاز في الجنس الواحد إذا بدا صلاح بعضه لما يلحق من المشقة في تميزه ولم يجز في الأجناس المختلفة لارتفاع المشقة في تميزها.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا اعتبرت بدو الصلاح في ضم بعض الثمار إلى بعض بما اعتبرت به التأبير في ضم بعضها إلى بعض.

فإذا بدا صلاح نوع من أنواع النخل هل يكون صلاحاً لجميع ما في الحائط من أنواع النخل على وجهين.

وإذا بدا صلاح بعض الحائط فأفرد بالعقد ما لم يبد صلاحه كان على وجهين.

ولو كان له حائطان فبدا صلاح أحدهما دون الآخر فباعهما معاً في عقد واحد لزم اشتراط القطع فيما لم يبدو صلاحه دون الآخر، وإن باعهما على الإطلاق بطل البيع فيما لم يبدو صلاحه، وفي بطلان البيع فيما بدا صلاحه قولان من تفريق الصفقة والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكَـذَلِكَ كُـلُّ ثَمَرَةٍ مِنْ أَصْلٍ يَرَى فِيهِ أَوَّلُ النُّضْجِ لاَ كِمَام عَلَيْهَا وَلِلْخِرْبَزِ نَضْجٌ كَنُضْجِ الرُّطْبِ فَإِذَا رُئِيَ ذَلِكَ فِيهِ حَلَّ بَيْعُ خربزه وَالْقِثَاءُ يُؤْكَلُ صِغَاراً طَيِّباً فَبُدُوُّ صَلاَحِهِ أَنْ يَتَنَاهَى عِظَمُهُ أَوْ عِظَمُ بَعْضِهِ ثُمَّ يُتْرَكُ حَتَّى يَتَـلاَحَقَ صِغَارُهُ بِكِبَارِه».

قال الماوردي: واعلم أن بدو الصلاح قد يختلف بحسب اختلاف الثمار وحملتها أنها على ثمانية أقسام:

أحدها: ما يكون بدو الصلاح فيه باللون وذلك في النخل بالاحمرار والاصفرار، وفي الكرم بالحمرة والسواد والصفاء والبياض، فأما الفواكه المتلونة فمنها ما يكون صلاحه بالصفرة كالمشمش منها ما يكون بالحمرة كالعناب ومنها ما يكون بالسواد كالإجاص ومنها ما يكون بالبياض كالتفاح.

القسم الثاني: ما يكون بدو صلاحه بالطعم فمنه ما يكون بالحلوة كقصب السكر، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان فإذا زالت عنه المرارة بالحلاوة أو الحموضة فقد بدا صلاحه.

والقسم الثالث: ما يكون بدو صلاحه بالنضج واللين كالتين والبطيخ فإذا لانت صلابته فقد بدا صلاحه.

والقسم الرابع: ما يكون بدو صلاحه بالقوة والاشتداد كالبر والشعير فإذا بدت قوته واشتد فقد بدا صلاحه.

والقسم الخامس: ما يكون بدو صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف، والبقول والقصب فإذا تناهى طوله وامتلاؤه إلى الحد الذي يجز عليه فقد بدا صلاحه.

والقسم السادس: ما يكون بدو صلاحه بالعظم والكبر كالقثاء والخيار والباذنجان.

قال الشافعي رحمه الله والقثاء يؤكل صغاراً طيباً يريد أنه يخالف الثمار كلها التي لا يطيب أكلها إلا بعد بدو صلاحها، والقثاء يطيب أكله صغاراً قبل بدو صلاحه ولا يكون استطابة أكله صلاحاً له حتى يتناهى كبره وعظمه لأنه عند كبره ينجو من العاهة فلا وجه لإنكار محمد بن داود على الشافعي قوله إن القثاء يؤكل صغاراً طيباً وإن ذلك إخبار عن المحسوسات لما بينا من قصد الشافعي به.

والقسم السابع: ما يكون بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز، فإذا انشق جوز القطن، وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل فقد بدا صلاحه.

والقسم الثامن: ما يكون بدو صلاحه بانفتاحه وانقشاره كالورد، والنيلوفر فإذا انفتح القسم المنضم منه وانقشر فقد بدا صلاحه، وورق التوت فبدو صلاحه بأن يصير كأرجل البط هكذا قال عطاء والنخعي.

وجملة القول في بدو الصلاح أن تنتهي الثمرة أو بعضها إلى أدنى أحوال كمالها فتنجو من العاهة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ وَجْهَ لِمَنْ قَالَ يَجُوزُ إِذَا بَدَا صَلاَحُهُمَا وَيَكُونُ لِمُشْتَرِيهِمَا مَا ثَبَتَ أَصْلُهُمَا أَنْ يَأْخُذَ كُلَّ مَا خَرَجَ مِنْهُمَا وَهَذَا مُحَرَّمٌ وَكَيْفَ لَمْ يَجُزْ بَيْعَ الْقِثَاءِ وَالْخربز حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهُمَا كَمَا لاَ يُحِلُّ بَيْعَ الثَّمرِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهُ وَيُحِلُّ مَا لَمْ يُرَ وَلَمْ يُخْلَقَ مِنْهُمَا وَلَوْ جَازَ لِبُدُوِّ صَلاَحِهِمَا شِرَاءُ مَا لَمْ يُخْلَقْ مِنْهُمَا لَجَازَ لِبُدُوِّ صَلاَحِ ثَمَرِ النَّخْلِ شِرَاءُ مَا لَمْ يَحْمِلِ النَّخْلُ سِنِينَ وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ السِّنِينَ».

قال الماوردي: إذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعاً لما خلق ووجب إفراد العقد بالموجود.

وقال مالك: يجوز بيع ما لم يخلق منه تبعاً لما خلق استدلالاً بأن شروط العقد معتبرة بالضرورة فبيوع العروض لا يجوز قبل وجودها لارتفاع الضرورة وإمكان بيعها بعد وجودها، والإجارة هي بيوع للمنافع قبل وجودها لوجود الضرورة وتعذر بيعها بعد وجودها، فلما كان ما لم يخلق من القثاء والبطيخ يتعذر بيعه إذا خلق لاختلاطه بالأول دعت الضرورة إلى بيعه قبل أن يخلق تبعاً لما خلق.

قال ولأنه لما كان ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه في البيع جاز أن يكون ما لم يخلق تبعاً لما خلق في البيع.

قال ولأنه لما جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي لا تتميز كالطول والكبر جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي تتميز لأنهما جميعاً بيع ما لم يخلق.

ودليلنا نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ.

وهذا البيع من أعظم الغرر لأنه يتردد بين الوجود والعدم وبين القلة والكثرة، بين الرداءة والجودة.

ولأن النخل أثبت من البطيخ أصلاً وحمله أقل من البطيخ خطراً فلما لم يجز بيع ما لم يخلق من غير النخل تبعاً لما خلق، فأولى أن لا يجوز بيع ما لم يخلق من البطيخ تبعاً لما خلق وتحريره قياساً أنها ثمرة لا يجوز إفرادها بالعقد فوجوب إذا لم تدخل في البيع بغير شرط أن لا تدخل فيه بالشرط كالنخل لأنه لما لم يجز بيع ما لم يبدو صلاحه مع وجوده وقلة غرره فبيع ما لم يخلق أولى أن لا يجوز مع عدمه وكثرة غرره.

وأما الجواب عن استدلاله بالضرورة الداعية إليه فدعوى يرفعها العياب لأنه يقدر على أخذ ما خلق وبيعه حالاً بعد حال ولا يقدر على مثل هذا في الإجازة ويمكنه بيع ما خلق والسماحة بما لم يخلق.

وأما استدلاله بأنه لما كان ما لم يبدو صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه كذلك ما لم يخلق يكون تبعاً لما خلق فالجواب عنه أن ما لم يبدو صلاحه لما جاز إفراده بالعقد جاز أن ينضم في العقد إلى غيره، وما لم يخلق لما لم يجز إفراده في العقد لم يجز أن يضم في العقد إلى غيره.

وأما استدلاله بالزيادة المتصلة فغير صحيح لأن الزيادة المتصلة تحدث على ملك المشتري فلذلك دخلت في البيع بغير شرط ولو شرط خروجها من البيع فسد العقد، والزيادة المنفصلة تحدث على ملك البائع ولذلك لم تدخل في البيع بغير شرط فوجب أن يكون اشتراط دخولها في البيع مفسد للعقد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ ثَمَرَةٍ وَزَرْعٍ دُونَهَا حَائِلٌ مِنْ قِشْرٍ أَوْ كِمَامٍ وَكَانَتْ إِذَا صَارَتْ إِلَى مَا يكِنُّهَا أُخْرِجُوهَا مِنْ قِشْرِهَا وَكَمَامِهَا بِلَا فَسَادٍ عَلَيْهَا إِذَا ادَّخَرُوهَا فَالَّذِي اخْتَارَ فِيهَا أَنْ لَا يَجُوزَ بَيْعُهَا فِي شَجَرِهَا وَلَا مَوْضُوعَةً بِالأَرْضِ لِلْحَائِلِ وَقِيَاسُ ذَلِكَ عَلَى شِرَاءِ لَحْمِ شَاةٍ مَذْبُوحَةٍ عَلَيْهَا جِلْدُهَا لِلْحَائِلِ دُونَ لَحْمِهَا».

قال الماوردي: اعلم أن الثمار كلها ضربان:

ضرب يكون بارزاً في شجرة من غير حائل يمنع من مشاهدته كالتفاح والمشمش والخوخ والكمثري فبيعه إذا بدا صلاحه جائز قائماً في شجره وبعد اجتنابه.

وضرب يكون مستوراً بقشر وكمام يمنع من مشاهدته وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون مستوراً بقشرة واحدة.

والثاني: أن يكون مستوراً بقشرتين.

فأما ما كان مستوراً بقشرة واحدة فيتنوع نوعين:

أحدهما: نوع لا ينحفظ إلا بقشرة فإذا خرج منه ذهبت رطوبته وتغير طعمه وأسرع فساده كالرمان والباذنجان فبيع هذا في قشوره جائز لما فيه من كمال منفعته ودوام مصلحته.

ونوع ينحفظ بغير قشره كالقطن والسمسم والعدس فلا يجوز بيعه في قشره لأنه حائل ليس من مصلحته كما لو كان مستوراً بثوب فإذا أخرجوه من قشره جاز بيعه.

وأما ما كان عليه قشرتان فيتنوع أيضاً إلى نوعين:

ـ نوع لا يبقى في رطبه بقشرتيه نفع ولا يؤكل معهما كالفستق والبندق والجوز فلا يجوز بيعه في قشرتيه يابساً ولا رطباً فإذا زالت عنه القشرة العليا جاز بيعه بالقشرة السفلى التي يدخر بها لأنه ينحفظ بها.

ـ ونوع يبقى في رطبه بقشرتيه ويؤكل معهما عرفاً كالباقلى واللوز الرطب فإذا يبس لم يجز بيعه في قشرتيه فقد اختلف أصحابنا في جواز بيعه فيهما فذهب البصريون من أصحابنا إلى جواز بيعه في قشرتيه رطباً اعتباراً بكمال نفعه واستطابة أكله وهو أيضاً قول أبي سعيد الاصطخري.

وذهب البغداديون إلى المنع من بيعه في قشرتيه رطباً كما يمنع منه إذا كان يابساً فهذا شرح مذهبنا فيما كان من الثمار مستوراً بقشرة أو كمام.

وقال أبو حنيفة: كل قشر أو كمام كان ساتراً للثمرة جاز بيعها معه بكل حال سواء كان فيه مصلحة أم لا تعويلاً على أنه من أصله الخلقة فجرى مجرى أجل الثمرة. وتعليقاً بأنه لما جاز بيعه بإحدى قشرتيه وهي مانعة من مشاهدته جاز بيعه في قشرتيه إذ ليس فيهما أكثر من المنع من مشاهدته لأن ما كانت رؤيته شرطاً لم يقع الفرق فيه بين أن يكون مستوراً بحائل أو حائلين في بطلان العقد عليه كالعروض المبيعة، وما لم تكن رؤيته شرطاً لم يقع الفرق فيه بين أن يكون مستوراً بحائل أو حائلين في صحة العقد عليه كالمنكوحة.

ودليلنا: نَهْيُهُ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وفي بيعه مستوراً بقشرة ليست من مصلحته غرر، لأنه يمنع من معرفة جيده ورديئه، ولأن ما منع من مشاهدته وليس من مصلحته فلا فرق فيه بين أن يكون من أصل خلقته أو من غير خلقته في بطلان البيع به كلحم الشاة المذبوحة في جلدها والحنطة في تبنها والفضة والذهب في تراب معدنها فلما كانت هذه كلها بيوعاً فاسدة لأنها مستورة بما يمنع من مشاهدتها وإن كانت من خلقة أصلها وجب أن يكون حكم الثمار مثلها.

وقد يتحرز من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه مستور بما ليس من مصلحته فوجب أن مبطلاً لبيعه كما لو كان مستوراً بثوب.

والثاني: أنه مبيع يبطل بما يستره من غير الخلقة فوجب أن يبطل بستر ما لا مصلحة وإن كان من أصل الخلقة كاللحم.

وأما الجواب عن قوله بأن القشر من أجزائه ففاسد بالجلد وهو من أجزاء اللحم ويمنع من جواز البيع لأن المعتبر برؤيته الأجزاء المقصودة دون ما ليس بمقصود.

وأما الجواب عن تعليقه بأنه مستور بإحدى قشرتيه فجاز أن يكون مستوراً بالقشرة الأخرى وهو أن إحدى القشرتين من مصلحته وفي رؤيتهما تنبيه على جودته ورداءته ولا يقتضي ذلك جواز ستره بحائل من ثوب فكذا بالقشرة العليا التي هي بهذا الحكم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَمْ أَجِدْ أَحَداً مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَأْخُذُ عُشْرَ الْحُبُوبِ فِي أَكْمَامِهَا وَلاَ يُجِيزُ بَيْعَ الْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ فَأَنَا أُجِيزُ بَيْعَ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا لَزِمَهُ أَنْ يُجِيزَهُ فِي تِبْنِهَا أَوْ فِضَّةٍ فِي تُرَابٍ بِالتُّرَابِ».

قال الماوردي: أما بيع الزرع بقلاً أو فصيلاً قبل اشتداده ويبسه فلا يجوز مطلقاً ولا بشرط التبقية لما يخاف عليه من الجائح ويجوز بشرط القطع كالثمر قبل بدو الصلاح.

فأما إذا اشتد واستحصد فإن كان الزرع مما يبرز الحب منه بغير كمام يستره كالشعير جاز بيعه في سنبله قبل دياسته وتصفيته لظهوره ومشاهدته، وإن كان الحب في كمام يستره كالحنطة فقد حكي عن الشافعي في القديم جواز بيعه وهو مذهب مالك وأبي حنيفة ووافقه في موضع من المبسوط على صحة الحديث.

ونص في الجديد وسائر كتبه على بطلان بيعه في سنبله.

ودليل من قال بجواز بيعه: رواية حماد بن سلمة عن حميد عن أنس أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَّ وَعَنْ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ»[1].

فجعل غاية النهي أن يشتد فاقتضى جواز بيعه من بعد اشتداده كالعنب إذا اسود. وبرواية أيوب عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَزْهَى وَعَنْ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةَ»[2].

وفي الحديث دليل كالأول وزيادة تعليل. ولأن بقايا الحنطة في سنبلها إبقاء لها وأمنع

---

(١) أخرجه أبو داود ٣/٢٥٣ في البيوع حديث (٣٣٧١ والترمذي ٣/٥٣٠ في البيوع حديث (١٢٢٨) وقال: حسن غريب وابن ماجة ٢/٤٧ حديث (٢٢١٧) وأحمد في المسند ٣/٢٢١.

(٢) أخرجه مسلم ٣/١١٦٥ وأبو داود حديث (٣٣٦٨) والترمذي ٣/٥٢٠ وأحمد ٢/٥ والنسائي ٧/٢٧١.

من فسادها ولأجل ذلك قال الله تعالى في قصة يوسف: ﴿فَمَا حَصَدْتُمْ فَذَرُوهُ فِي سُنْبُلِهِ إِلَّا قَلِيلاً مِمَّا تَأْكُلُونَ﴾ وإذا كان بقاء الحنطة في سنبلها أمنع من فسادها جرى مجرى الجوز واللوز في قشره الذي قد اتفقوا على جواز بيعه إجماعاً فكذا الحنطة في سنبلها حجاجاً. وتحرير ذلك أنه مجهول بما يصلحه من أصله فجاز بيعه فيه كالجوز واللوز في قشره.

ودليل قوله في الجديد أن بيعه باطل ما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ» وبيع الحنطة في سنبلها غرر لأنه تردد بين الجودة والرداءة والصحة والفساد.

وروي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَفْرَكَ»[(١)] يعني بفتح الراء ومعنى الفرك التصفية.

وروي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعان»[(٢)] ولا يمكن أن يجري فيه الصاع إلا بعد التصفية.

ولأن المقصود بالعقد مستور بما لا يدخر غالباً فيه فوجب أن يكون بيعه باطلاً كتراب الفضة والشاة المذبوحة.

ولأن الحنطة بعد الدرس في تبنها أقرب إلى تصفيتها من أن تكون في سنبلها. فلما لم يجز بيعها في أقرب الحالين إلى التصفية فأولى أن لا يجوز في أبعدهما من التصفية.

ولأنه لما لم يجز أخذ القشر منها إذا كانت في سنبلها للجهل بها والقشر مساواة فالبيع أولى أن لا يجوز، لأن المعاوضة أفسد بالجهالة من المساواة.

فأما الجواب عن نهيه عن بيع الحب حتى يشتد مع تفرد حماد بن سلمة بروايته فهو أن هذه غاية قد جعل النبي ﷺ بعدها غاية أخرى وهي قوله يفرك والحكم إذا علق بغايتين لم يتعلق بوجود إحداهما حتى يوجدا معاً كما قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فكان النكاح غاية التحريم فاقتضى أن يحل بعده فلما قال النبي ﷺ: «لَا حَتَّى تَذُوقِي عَسِيلَتَهُ وَيَذُوقَ عَسِيلَتَكِ» صارت هذه غاية ثانية فلا يحل إلا بعد وجودهما وصار كأنه قال فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ويذوق عسيلتها وتذوق عسيلته.

فإن قيل: فإذا لم يحل بيعه بعد أن يشتد إلى أن يفرك فلم جعل غاية النهي الأول حتى يشتد.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٠٣/٥.

(٢) أخرجه ابن ماجة حديث (٢٢٢٨) والبيهقي في السنن الكبرى ٣١٦/٥ وابن أبي شيبة ١٩٧/٧ والدارقطني ٨/٣.

قيل إن النهي في كل واحد من الغايتين لمعنى غير الغاية الأخرى فنهيه عن بيعه حتى يشتد لأن ينجو من العاهة، وعن بيعه حتى يفرك لما فيه من الغرر بفقد الرؤية فصار كقوله ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض وهي بعد الحمل ووجود الحيض لا تحل حتى تغتسل بعد مضي النفاس والحيض إلا أن النهي الأول لحفظ النسب، والنهي بعده لأجل الأذى وهذا أصل فلهذا بسطنا الكلام فيه وبمثله يكون الجواب عن حديث ابن عمر مع تفرد أيوب بروايته.

أما الاستدلال بأن تركه السنبل إبقاء كترك الجوز واللوز في قشره فجمع لا يسلم لوجود الفرق بترك الجوز واللوز في قشره، وتصفية البر من سنبله فلما اختلف العرف فيها اختلف حكم ما منع من رؤيتهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَعَلَى الْجَوْزِ قِشْرَتَانِ وَاحِدَةٌ فَوْقَ الْقِشْرَةِ الَّتِي يَرْفَعُهَا النَّاسُ عَنْهَا فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَعَلَيْهِ القِشْرَةُ الْعُلْيَا لأَنَّهُ يَصْلُحُ أَنْ يُرْفَعَ بِدُونِ الْعُلْيَا وَكَذَلِكَ الرَّانَجُ وَمَا كَانَتْ عَلَيْهِ قِشْرَتَانِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال لا يجوز بيع الجوز في قشرتيه معاً يابساً كان أو رطباً، فإذا زالت القشرة العليا جاز بيعه بالقشرة الباقية لأنه يدخر فيها رطباً كان أو يابساً، وكذلك الرانج وهو النارجيل يكون عليه قشرتان فلا يجوز بيعه في القشرة العليا وإذا أزيلت عنه جاز بيعه في الثانية لأنه يدخر فيها.

فأما اللوز فحكمه حكم الباقلى عليه قشرتان فإن كان مشتداً لم يجز بيعه في قشرتيه حتى تزول عنه العليا ثم يجوز بيعه في الثانية.

وإن كان رطباً ففي جواز بيعه في قشرتيه وجهان على اختلاف أصحابنا في بيع الباقلى الرطب لأن قشرة اللوز العليا يستطاب أكلها مع اللوز قبل اشتداده لمزازة فيها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَثْنِي مِنَ التَّمْرِ مُدًّا لأَنَّهُ لَا يَدْرِي كَم الُمدّ مِنَ الْحَائِطِ أَسَهْمٌ مِنْ ألفِ سَهْمٍ أَوْ مِنْ مَائَةٍ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ فَهَذَا مَجْهُولٌ وَلَوْ اسْتَثْنِيَ رُبْعُهُ أَوْ نَخْلاتٌ بِعَيْنِهَا فَجَائِزٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح وجملة الاستثناء أنه لا يخلو حاله وحال ما بقي من البيع بعده من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون الاستثناء معلوماً والمبيع بعده معلوماً وهذا على ضربين: مشاع ومجوز.

فالمجوز: أن يقول بعتك ثمرة هذا الحائط إلا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها فهذا بيع جائز باتفاق العلماء.

والمشاع: أن يقول بعتك ثمرة هذا الحائط إلا ربعها فهذا بيع صحيح ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعاً.

وقال الأوزاعي، هذا بيع باطل لأنه بيع على شرط الشركة وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه لو قال بعتك ثلاثة أرباعها صح، وكذا فلو قال بعتكها إلا ربعها لأن المعقود عليه في الحالتين ثلاثة أرباعها.

والثاني: أنه لو كان الاستثناء عشر المساكين جاز، وإن كان مستحق مجهول العين، فأولى أن يجوز الاستثناء لنفسه لأن مستحقه معين.

والقسم الثاني: أن يكون الاستثناء مجهولاً والمبيع بعده مجهولاً وهو ضربان مشاع ومجوز.

فالمشاع: أن يقول بعتك هذه الثمرة إلا قوت نفسي أو إلا ما يأكله عبيدي فهذا باطل باتفاق لأن قدر قوته مجهول وما يأكله عبيده مجهول فصار المبيع الثاني مجهول.

فإن قيل: فقد روي عن ابن عمر أنه باع حائطاً واستثنى منه قوتَ غِلمانه.

قيل: يحتمل أن يكون استثنى منه قدراً معلوماً جعله قوت غلمانه.

وكذا لو قال بعتك هذه الثمرة إلا عشر قواصر منها، أو في كل يوم سلة من رطبها كان المبيع باطلاً للجهل بالمبيع الثاني.

وأما المجوز فهو أن تقول بعتك هذه الثمرة إلا عشر نخلات منها لا بعينها وهذا بيع باطل.

وقال مالك: إن كان قدر ثلث الثمرة فما دون جاز البيع، وكان له عشر نخلات وسطاء، وهذا غلط لأن الاستثناء يوقع جهالة في المبيع من وجهين:

أحدهما: أن ثمر النخل يختلف في القلة والكثرة.

والثاني: أن المستثنى غير مجوز ولا مشاع في الجملة، وقد يجوز أن يهلك النخل إلا عدد ما استثنى فيختلفان في الباقي هل هو المبيع أو المستثنى وهذا من أكبر الجهالات غرراً فكان ببطلان البيع أولى.

والقسم الثالث: أن يكون الاستثناء معلوماً والمبيع بعده مجهولاً، وهو أن يقول بعتك هذه الثمرة إلا صاعاً منها فهذا باطل.

وقال مالك: هو بيع جائز، لأنه لما جاز استثناء ربعها والربع مجهول الكيل كان استثناء ما هو معلوم الكيل أولى بالجواز.

ودليلنا عل فساده ما روي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنِ الثنيا فِي الْبَيْعِ»[1] وهو ما ذكرنا.

ولأن هذا الاستثناء يوقع جهالة في البيع لأنه لا يعلم قدر ما خرج بالاستثناء هل هو عشر أو ربع، ولا ما بقي بعد الاستثناء هل هو تسعة أعشار أو أقل، والمبيع إذا كان مجهولاً بطل البيع. ولأنه يجوز أن تهلك الثمرة إلا قدر ما استثنا فيختلفان هل هو المبيع أو المستثنى، وإذا لم يتعين المبيع من المستثنى كان باطلاً وهذا مأمون في استثناء جزء شائع منها، لأن التالف منها والباقي فيها.

والقسم الرابع: أن يكون الاستثناء مجهولاً والمبيع بعده معلوماً، وهو أن يقول بعتك من هذه الثمرة مائة صاع والباقي لي، فإن علما أن ما فيها مائة صاع فصاعداً صح البيع إن أمكن كيل الثمرة وبطل إن لم يمكن كيلها، ولا يصح الخرص فيها، ولأن المبيع بالخرص لا يجوز، لأنه تخمين وحدس، وإنما يجوز في حق المساكين لأنه مواساة.

وإن لم يعلما أن ما في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلاً للجهل بوجود المبيع، فلو كيلت من بعد فكانت مائة صاع فصاعداً لم يصح البيع بعد فساده. والله أعلم.

فصل: فإذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم، واستثنا منها بألف درهم، فإن كان الاستثناء بسعر ما باع صح البيع، وكان كاستثناء ربعها، وإن كان الاستثناء بسعر يومه لم يجز وكان البيع باطلاً لجواز أن يكون بسعر زائداً أو ناقصاً فيصير الاستثناء مجهولاً والمبيع الباقي مجهولاً، فلو قال بعتك ثمرة هذا النخل إلا النوع المعقلي فإن شاهدا المعقلي المستثنى وعلما قدره صح البيع، وإن جهلاه فسد. والله أعلم.

فصل: ولو باع قطناً واستثنا حبه، أو سمسماً واستثنى كسبه، أو شاة واستثنا جلدها، كان البيع في هذا كله باطلاً لأن البيع بعدما استثني منه يصير غير معلوم بالمشاهدة ولا مقيد بالصفة. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ بَاعَ ثَمَرَ حَائِطٍ وَفِيهِ الزَّكَاةُ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَكُونَ لِلْمُشْتَرِيَ الْخَيَارُ فِي أَنْ يَأْخُذَ مَا جَاوَزَ الصَّدَقَةَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ أَوِ الرَّدِّ وَالثَّانِي إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْفَضْلَ عَنِ الصَّدَقَةِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوِ الرَّدِّ وَلِلسُّلْطَانِ أَخْذُ الْعُشْرِ مِنَ الثَّمَرَةِ (قال المزني) هَذَا خِلَافُ قَوْلِهِ فِيمَنْ اشْتَرَى مَا فِيهِ الزَّكَاةُ أَنَّهُ يَجْعَلُ أَحَدَ الْقَوْلَيْنِ أَنَّ الْبَيْعَ فِيهِ بَاطِلٌ وَلَمْ يَقُلْهُ هَهُنَا».

---

(١) أخرجه الطحاوي في مشكل الآثار ١/٤٣ والدارقطني ٣/٤٩ وهو عن مسلم ٣/١١٧٥ في البيوع (١١٣٦/٨٥).

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة في كتاب الزكاة مستوفاة وسنذكر ها هنا ما يقتضيه الموضع ويسعدنا به الخاطر فنقول: إذا باع ثمرة حائطه بعد وجوب الزكاة فيها وقبل أداء الزكاة منها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يستثني من البيع قدر الزكاة.

والثاني: ألا يستثنيه.

فإن استثنى قدر الزكاة منها فهو بيع جائز ويكون المبيع هو الباقي منها بعد قدر الزكاة وذلك تسعة أعشارها إن كانت سيحاً فقدر زكاتها العشر، أو تسعة أعشار ونصف إن كانت نضحاً فقدر زكاتها نصف العشر، ولا بد من ذكر قدر الزكاة في البيع أعشر هو أو نصف عشر.

وقال مالك رحمه الله: ليس يلزم ذكر القدر، لأن العلم به شرعاً يغني عن ذكره شرطاً وهذا ليس بصحيح لأنه لو كان علمه بالشرع يغني عن استثنائه بالشرط لكان العلم بوجوب الزكاة يغني عن اشتراط الزكاة، فلما لم يغن ذلك في الأصل لم يغن في القدر.

فإذا استثنا البائع قدر الزكاة على المشتري فعليه أن يدفعها من الثمرة بعد الجداد فإن أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه يحل محل البائع وقد كان للبائع دفع الزكاة من غيرها.

والوجه الثاني: لا يجوز لأن المشتري لم يملك قدر الزكاة بعقد ولا غيره وإنما هو كالوكيل فيها بخلاف البائع الذي كان مالكاً لها فلم يجز أن يتصرف فيما لم يجز له عليه ملك.

فلو كان المشتري قد استهلك جميع الثمرة رطباً كان فيما يطالب به المشتري من حق الزكاة وجهان:

أحدهما: يطالب بعشر الثمرة تمراً وهذا على الوجه الذي يجيز له دفع الزكاة من غيرها فيجعل ذلك منه ضماناً لعشرها تمراً.

والوجه الثاني: يطالب بقيمة عشرها رطباً وهذا على الوجه الذي يمنعه من أن يدفع الزكاة من غيره لأنه استهلك حق المساكين رطباً فيلزمه قيمته. فعلى هذا إن كان قيمة عشرها رطباً أقل من قيمة عشرها تمراً فهل يرجع على البائع بفضل ما بينهما من النقص على وجهين مخرجين من اختلاف قوليه في الزكاة هل وجبت في الذمة أو في العين.

فإن قيل بوجوبها في الذمة رجع عليه بقدر النقص لاشتغال الذمة بها. وإن قيل بوجوبها في العين لم يرجع عليه بقدر النقص لزوال يده عن العين. والله أعلم.

فصل: وأما الضرب الثاني وهو أن يبيعها جملة من غير اشتراط الزكاة فيها فهي مسألة الكتاب والبيع في قدر الزكاة على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في الزكاة هل وجهت في الذمة أو في العين:

أحدهما: أنه باطل إذا قيل بوجوب الزكاة في العين وجوب استحقاق.

والقول الثاني: أنه جائز إذا قيل بوجوب الزكاة في الذمة من غير أن تكون مرتهنة بالعين.

فإذا قيل إن البيع في قدر الزكاة جائز فهو في الباقي أجوز.

وإذا قيل إنه في قدر الزكاة باطل ففي بطلانه في الباقي قولان من تفريق الصفقة، فعلى هذا يكون للمشتري فيه الخيار لتفريق الصفة عليه، فإن أحب الفسخ رجع بالثمن وإن أقام على البيع فيما بقي بعد قدر الزكاة فعلى قولين:

أحدهما: يقيم عليه بجميع الثمن.

والثاني: بحسابه من الثمن وقسطه.

فأما المزني رحمه الله فإنه لما رأى الشافعي رضي الله عنه جوز البيع ها هنا فيما سوى الزكاة وأبطله على أحد القولين في كتاب الزكاة اعتراض عليه في إغفال القول الآخر، وهذا اعتراض في غير موضعه، لأن الشافعي رضي الله عنه إذا كان له قولان في مسألة، فليس يلزمه إعادتهما في كل موضع، فإذا فرع على أحدهما لم يكن رجوعاً عن الآخر. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَرْجِعُ مَنِ اشْتَرَى الثَّمَرَةَ وَسُلِّمَتْ إِلَيْهِ بِالْجَائِحَةِ عَلَى الْبَائِعِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ سُفْيَانُ وَهَنَ حَدِيثَهُ فِي الْجَائِحَةِ لَصِرْتُ إِلَيْهِ فَإِنِّي سَمِعْتُهُ مِنْهُ وَلَا يَذْكُرُ الْجَائِحَةَ ثُمَّ ذَكَرَهَا وَقَالَ كَانَ كَلَامٌ قَبْلَ وَضْعِ الْجَوَائِحِ لَمْ أَحْفَظْهُ وَلَوْ صِرْتُ إِلَى ذَلِكَ لَوَضَعْتُ كُلَّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ أُصِيبَ مِنَ السَّمَاءِ بِغَيْرِ جِنَايَةِ أَحَدٍ فَأَمَّا أَنْ يُوضَعَ الثُّلُثُ فَصَاعِداً وَلَا يُوضَعَ مَا دُونَهُ فَهَذَا لَا خَبَرٌ وَلَا قِيَاسٌ وَلَا مَعْقُولٌ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل باع ثمرة على رؤوس نخلها وسلمت إلى المشتري وتلفت بالجائحة قبل جدادها فقد كان الشافعي في القديم يذهب إلى أنها من ضمان بائعها وأن الْبَيْعَ باطل، وبه قال أبو عبيد، وأحمد وإسحاق.

ورجع عن هذا في الجديد وقال تكون من ضمان المشتري فلا يبطل البيع بتلفها وبه قول أبو حنيفة والليث بن سعد.

وقال مالك رضي الله عنه: إن كان تلفها بجناية آدمي، فهي من ضمان المشتري وإن

كانت بجائحة من السماء، فإن كانت قدر الثلث فصاعداً فهي من ضمان البائع، وإن كانت دون الثلث فهي من ضمان المشتري.

واستدل من جعل الجوائح مضمونة على البائع بحديث سفيان بن عيينة عن حميد بن قيس عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبدالله أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ السِّنِينَ وَأَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ»(١).

وبحديث ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺ قال «إِنْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَراً فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئاً بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ» وهذا نص.

قالوا: ولأن الثمرة لا يتم قبضها إلا بحدها من نخلها بدليل أنها لو عطشت وأضر ذلك بها كان للمشتري الخيار في الفسخ بحدوث هذا العيب، وما حدث من العيب بعد القبض لا يستحق به المشتري الخيار، وإذا دل ذلك على أنها غير مقبوضة وجب أن تكون بالغة من مال بائعها لأن ما لم يقبض مضمون على البائع دون المشتري.

قالوا: ولأن قبض الثمرة ملحق بمنافع الدار المستأجرة، لأن العرف في الثمار أن تأخذ لقطة بعد لقطة، كما تستوفى منافع الدار مدة بعد مدة، فلما كان تلف الدار المستأجرة قبل مضي المدة مبطلاً للإجارة وإن حصل التمكين، وجب أن يكون تلف الثمرة المبيعة قبل الجداد مبطلاً للبيع وإن حصل التمكين.

ودليل قوله في الجديد أن الجوائح لا يضمنها البائع ولا يبطل بها البيع، ما رواه الشافعي عن مالك عن حميد عن أنس أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تَزْهى، قِيلَ وَمَا تَزْهَى: قَالَ حَتَّى تَحْمَرَّ.

وقال النبي ﷺ «أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ» فموضع الدلالة منه هو أنه لو كانت الجائحة مضمونة على البائع لما استضر المشتري بالجائحة قبل بدو الصلاح، ولما كان لنهيه عنه حفظاً لمال المشتري وجهاً لأنه محفوظ إن تلف في الحالين بالرجوع على البائع فلما نهى عن البيع في الحال التي يخاف من الجائحة فيها لأن لا يأخذ مال المشتري بغير حق، علم أن الجائحة لا تكون مضمونة على البائع، وأنها مضمونة فيما صح بيعه على المشتري.

وروت عمرة بنت عبدالرحمن تارة مرسلاً وتارة مسنداً عن عائشة رضي الله عنها أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ ابْتَاعَ مِنْ رَجُلٍ ثَمَرَةً فَأُصِيبَ فِيهَا فَسَأَلَ الْبَائِعَ أَنْ يَحُطَّهُ شَيْئاً فَحَلَفَ بِاللَّهِ أَنْ

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند ٢/١٥١ حديث (٥٢٢) ومسلم ٣/١١٧٨ حديث (١٥٣٦/٢٠١).

لَا يَفْعَلَ، فَأَتَتْ أُمُّهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرَتْهُ بِذَلِكَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «تألَّى فُلَانٌ أَنْ لَا يَفْعَلَ خَيْراً»(١).

فموضع الدلالة من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ أخرج الحط عن المشتري مخرج الخير والفضل لا مخرج الوجوب والحتم.

والثاني: أنه لم يجبر البائع على الحط عن المشتري حتى بلغ البائع ذلك فتطوع بحطه عنه، ولو كان واجباً لأجبره عليه.

وروى الشافعي عن يحيى بن حسان عن الليث بن سعد عن عياض بن عبدالله عن أبي سعيد الخدري أن رجلاً اشترى ثمراً فأصيب فيها فكثر دينه، فقال النبي ﷺ تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِك وَفَاءَ دَيْنِهِ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلاَّ ذَلِكَ»(٢).

فلو أن الجوائح مضمونة على المشتري لما أحوجه إلى الصدقة وجعل لغرمائه ما وجدوه ولكان يجعلها مضمونة على بائعها ويضعها على المشتري.

ومما يدل على ذلك أيضاً أن الثمرة تصير مقبوضة على رؤوس نخلها بالتمكين والتخلية بدليل أن للمشتري بيعها بعد التمكين منها، ولو لم تكن مقبوضة لم يجز، وتلف بعد القبض كان من ضمان المشتري دون البائع.

ثم من الدليل على ذلك: أن كل ما كان مضموناً على المشتري فيما دون الثلث، كان مضموناً عليه فيما زاد على الثلث قياساً على غير الثمار.

فإن قال مالك: إن ما دون الثلث يلقطه الطير، وتنشره النحلة غالباً فضمه المشتري للعرف فيه، وليس كذلك ما زاد على الثلث وبالجائحة.

قيل: هذا غلط لأن ما يكون من ضمان أحد المتبايعين لا يقع الفرق فيه بين تلف قليله أو كثيره بعرف معتاد أو غيره.

ثم يقال لما جعلته محدداً بالثلث وهلا حددته بأقل منه أو وأكثر.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ١٠٥/٦ ومالك في الموطأ (٦٢١) والشافعي كما في البدائع (١٢٨٧) والبيهقي ٣٠٥/٥.

(٢) أخرجه مسلم ١١٩١/٣ وأبو داود ٢٧٦/٣ والترمذي ٣٥/٢ وقال: حسن صحيح والنسائي ٢٦٥/٧ وابن ماجة ٧٨٩/٢ وأحمد ٣٦/٢.

فإن قال: لأن النبي ﷺ جعل الثلث في حد الكثرة، وما دونه في حد القلة فقال «الثُّلُثُ والثُّلُثُ كَثِيرٌ»[١].

قيل: فالثلث جعله النبي ﷺ في حكم ما دونه في جواز الوصية به، وأنت جعلته في حكم ما زاد عليه فقد خالفت فيما تعلقت به، ومعنى قوله والثلث كثير، أي كثير القليل لأجل أنه ملحق بما هو أقل منه.

فأما الجواب عن حديث سفيان أنه أمر بوضع الجوائح فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: ما قاله الشافعي من أنه حديث معلول لا يصح الاحتجاج به لأن سفيان وهنه، لأنه قال قد كان بعد نهيه عن بيع السِّنين، وقبل أمره بوضع الجوائح كلاماً لم أحفظه فيجوز أن يكون فيما لم يحفظه ما يدل على مراده بوضع الجوائح وبصرف حكمه عن ظاهره والله أعلم.

والجواب الثاني: وهو قول أبي إسحاق أنه محمول على وضع الجوائح في بيع السنين المقترن به، وما في معناه من بيوع الثمار الفاسدة.

والجواب الثالث: لبعض المتأخرين من أصحابنا: أن أمره بوضع الجوائح محمول على وضعها عن البائع دون المشتري؛ لأنه يحتمل الأمرين، وليس أحدهما أولى من الآخر والله أعلم.

وأما الجواب عن الخبر الثاني قوله فلا يأخذ منه شيئاً فمن وجهين:

أحدهما: وهو جواب الطحاوي أنه محمول على ما قبل التسليم.

والثاني: أنه محمول على الندب والإرشاد كما قال تألا فلان أن لا يفعل خيراً.

وأما الجواب عن قولهم أنها على رؤوس نخلها غير مقبوضة لأجل ما ثبت من الخيار بحدوث العطش فمن وجهين:

أحدهما: وهو جواب ابن أبي هريرة رضي الله عنه أن ثبوت الخيار لا يمنع من ثبوت القبض، قال لأن المقبوض في خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب في زمان الخيار وإن كان القبض تاماً فكذا الثمرة ولا يكون الخيار دليلاً على عدم القبض.

والجواب الثاني: أن خيار العطش إنما استحقه المشتري لوجوب السقي على البائع، ولم يكن له بالتلف رجوع لأن الحط لا يجب على البائع.

وقول ابن أبي هريرة رحمه الله إن ما حدث بيد المشتري من العيب من زمان الخيار

---

(١) أخرجه البخاري ٣٦٢/٥ في الوصايا حديث (٢٧٤٢) ومسلم ١٢٥٠/٣ حديث (١٦٢٨/٥).

يستحق به الرد فليس بصحيح عندي بل لا خيار له فيه لأنه بالقبض قد صار مضموناً على المشتري فما حدث في النقص كان من ماله لأنه من ضمانه.

وأما الجواب عن الاستدلال بالدار المؤجرة فلا يصح الجمع بينهما، لأن ما يحدث من منافع الدار غير موجود في الحال ولا يقدر المستأجر على قبضه فبطلت الإجارة بتلف الدار قبل المدة وليست الثمرة كذلك لأنها موجودة يمكن المشتري أن يتصرف فيها ويحدث في الحال جميعها، فلم يبطل البيع بتلفها بعد التمكين منها والله أعلم.

فصل: وإذا قد تقرر ما ذكرنا فنستوفي حكم تلفها في جميع أحوالها فنقول إنه لا يخلو حال تلفها بعد العقد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تتلف قبل التسليم.

والثاني: بعد التسليم وقبل الجداد.

والثالث: بعد التسليم والجداد.

فإن تلفت قبل التسليم لم يخل تلفها من ثلاثة أحوال:

ـ إما أن يكون بجائحة من السماء، أو بجناية آدمي، أو بجناية البائع.

ـ فإن تلفت بجائحة من السماء كانت من ضمان البائع فبطل البيع لا يختلف، لأن تلف المبيع قبل القبض مبطل للبيع.

ـ وإن تلفت بجناية آدمي غير البائع ففي بطلان البيع قولان:

أحدهما: قد يبطل كما لو تلفت بجائحة سماء.

والثاني: لا يبطل البيع ون بدلها مستحق على الجاني لكن يكون المشتري بالخيار بحدوث الجناية بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين إمضاء البيع بالثمن ومطالبة الجاني بمثل الثمرة أو قيمتها إن لم يكن لها مثل.

وإن تلفت بجناية البائع ففيه وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أن جناية البائع كجائحة من السماء فعلى هذا يكون البيع باطل قولاً واحداً.

والثاني: أنها كجناية الأجنبي فعلى هذا في بطلان البيع بها قولان:

فهذا الحكم في تلفها قبل التسليم.

ـ **وأما القسم الثاني**: وهو أن يكون تلفها بعد التسليم وقبل الجداد فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون المشتري قد تمكن من جدادها بعد التسليم فأخره حتى تلفت فتكون من ضمان المشتري ولا يبطل به البيع في الأحوال كلها سواء كان تلفها بجائحة أو جناية لأن تأخير الجداد مع الإمكان تفريط منه والله أعلم.

والضرب الثاني: أن لا يتمكن المشتري من جدادها حتى تلفت فننظر في سبب تلفها فإنه لا يخلو من الأحوال الثلاثة.

إما بجائحة سماء، أو جناية أجنبي، أو جناية البائع.

فإن كان تلفها بجائحة سماء ففي بطلان البيع به قولان مضيا.

وإن كان تلفها بجائحة أجنبي فإن قيل إن البيع لا يبطل بجائحة السماء فيكون أن يبطل بجناية أجنبي وإن قيل إنه يبطل بجائحة السماء ففي بطلانه بجناية الآدمي قولان:

وإن كان تلفها بجناية البائع فأحد الوجهين أنها تكون كجائحة السماء فيكون في بطلان البيع قولان.

والوجه الثاني: أنها كجناية الأجنبي على ما مضى. فهذا الحكم في تلفها بعد التسليم وقبل الجداد والله أعلم.

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون تلفها بعد الجداد فالبيع ماض لا يبطل بتلفها على الأحوال كلها لاستقرار القبض وانقضاء علق العقد وتكون مضمونة على الآدمي بالمثل أو بالقيمة إن يكن لها مثل والله أعلم.

بَابُ المُحَاقَلَةِ وَالمُزَابَنَةِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ عَطَاءٍ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ الله قَالَ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ، وَالمُحَاقَلَةُ أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ الزَّرْعَ بِمائَةِ فَرْقَ حِنْطَةٍ وَالمُزَابَنَةُ أَنْ يَبِيعَ التَّمْرَ فِي رُؤوسِ النَّخْلِ بِمائَةِ فَرْقَ تَمْرٍ(قال) وَعَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ قُلْتُ لِعَطَاءٍ مَا المُحَاقَلَةُ؟ قَالَ: الْمُحَاقَلَةُ فِي الْحَرثِ كَهَيْئَةِ المُزَابَنَةِ فِي النَّخْلِ سَوَاءٌ بَيْعُ الزَّرْعِ بِالقَمْحِ قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ فَقُلْتُ لِعَطَاءٍ أَفَسَّرَ لَكُمْ جابِرُ المُحَاقَلَةَ كَمَا أَخْبَرْتَنِي؟ قَالَ نَعَمْ(قال الشافعي) وَبِهَذَا نَقُولُ إلا فِي الْعَرَايَا وَجِمَاعُ المُزَابَنَةِ أَنْ يَنْظُرَ كُلَّ مَا عَقْدُ بَيْعِهِ مِمَّا الفَضْلُ فِي بَعْضِهِ عَلَى بَعْضٍ يَداً بِيَدٍ رِباً فَلاَ يَجُوزُ مِنْهُ شَيْءٌ يُعْرَفُ بِشَيْءٍ مِنْهُ جُزَافاً وَلاَ جُزَافاً بِجُزَافٍ مِنْ صِنْفِهِ[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال ثبت بهذا الحديث المروى عن عطاء بن جابر: نَهَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ وروى حماد عن أيوب عن أبي الزبير عن جابر قال: نَهَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ وَالْمُخَابَرَةِ وَالْمُعَاوَمَةِ[2].

وعن الثنيا ورخص في العرايا فأما المحاقلة فهو بيع الطعام في سنبله بطعام مصفًى، والمحقل هو المسنبل وهو في لسان العرب الموضع الذي يكون الشيء فيه كالمعدن وقد جاء عن النبي ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ فِي مَحْقَلِهِ يَعْنِي فِي سُنْبُلِهِ.

القول في حكم بيع المحاقلة

فإذا ثبت هذا فبيع الطعام في محقله يعني: في سنبله بالطعام المصفى لا يجوز لعلتين إحداهما خوف الربا للجهل، والثانية فقد مشاهدة ما في سنبله وهكذا سائر الزروع لا يجوز أن يباع الجنس منها قائماً من زرعه بما قد صفي من جنسه، فإن كان مستوراً في كمام كالأرز والعدس لم يجز لعلتين كالحنطة، وإن كان بارز الأكمام كالشعير لم يجز لعلة واحدة وهو خوف الربا، فعلى هذا يجوز بيعه بالدراهم لزوال هذه العلة وما حرم بيعه لعلتين لم يجز بيعه بالدراهم لبقاء إحدى العلتين والله أعلم.

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند ١٥٢/٢ حديث (٥٢٥) ومسلم مجزأ ١١٧٤/٣ حديث (١٥٣٦/٨١).

(٢) أخرجه مسلم ١١٧٥/٣ حديث (١٥٣٦/٨٥) والنسائي ٢٩٦/٧ وأحمد في المسند ٣٦٤/٣.

فصــــل: [القول في بيع المزابنة]

وأما المزابنة فهي بيع الرطب على نخله بتمر في الأرض والمزابنة في كلامهم المدافعة ولهذا سموا زبانية لأنهم يدفعون أهل النار إلى النار وقالوا زبنت الناقة برجلها إذا دفعت قال الشاعر:

وَمُسْتَعْجِبٌ مِمَّا يَرَى مِنْ أَنَاتِنَا ... فَلَوْ زَبَنَتْهُ الْحَرْبُ لَمْ يَتَرَمْرَمِ[1]

فسمي بيع الرطب بالتمر مزابنة لأنه قد دفع التمر بالرطب وبيعه لا يجوز لعلة واحدة وهي حدوث الربا بعدم تماثله ويجوز بالدراهم لعدم هذه العلة، ثم هكذا بيع العنب في كرمه بالزبيب لا يجوز وكذا بيع سائر الثمار في شجرها بجنسها يابسة، لا يجوز واختلف أصحابنا هل كان بيعها غير جائز لدخولها في اسم المزابنة أو قياساً عليها وهكذا اختلفوا في سائر الزروع هل منع من بيعها بجنسها لدخولها في المحاقلة أو قياساً عليها فأحد الوجهين وهو ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله أن بيع ذلك لم يجز لدخول سائر الثمار في اسم المزابنة ودخول سائر الزروع في اسم المحاقلة وكان تحريمه نصاً لا قياساً.

والوجه الثاني: وهو مذهب أبي علي بن أبي هريرة أن النص في المحاقلة والمزابنة مختص بالحنطة والنخل وسائر الزروع مقيسة على الحنطة في المحاقلة وسائر الثمار مقيسة على النخل في المزابنة فكان تحريمه قياساً لا نصاً، وأما المخابرة فهو استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها وله باب فأما المعاومة فهو في معنى بيع السنين فسنذكره وأما بيع الثنيا فقد مضى وأما العرايا فتأتي والله أعلم».

مسألة: الضمان في المحاقلة والمزابنة

قال الشافعي رحمه اللَّهُ تَعَالَى: «فَأَمَّا أَنْ يَقُولَ أَضْمَنُ لَكَ صبرتك هَذِهِ بِعِشْرِينَ صَاعاً فَمَا زَادَ فَلِي وَمَا نَقَصَ فَعَلَيَّ تَمَامُهَا فَهَذَا مِنَ الْقِمَارِ وَالْمُخَاطَرَةِ وَلَيْسَ مِنَ الْمُزَابَنَةِ.

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أتى صبرة طعام لغيره فقال لربها أنا أضمنها لك بعشرين صاعاً فإن نقص فعلي نقصانها وإن زادت فلي زيادتها أو أتى قراحاً فيه بطيخ فقال لربه أنا أضمنه لك بألف بطيخة فإن زادت فلي وإن نقصت فعلي أو أخذ ثوباً لرجل فقال: أنا أقطعه لك قميصاً فإن نقص أتممته وإن زاد أخذت الزيادة فهذا فاسد وحرام باتفاق وإنما اختلفوا في جهة فساده فقال مالك: لأنه في معنى المزابنة وقال الشافعي رضي الله عنه: إنما يفسد لأنه مخاطرة وقمار وليس بمزابنة؛ لأن المزابنة مبايعة وهذا موضوع على أن يدفع عنه النقصان مالاً يأخذ عوضه ويأخذ عنه الزيادة مالاً يعطي بدله فصار بالقمار والمخاطرة أشبه منه بالبيع والمزابنة والله أعلم.

---

(١) البيت لأوس بن حجر انظر اللسان م [رمم].

بَابُ الْعَرَايَا

أَخْبَرَنَا الْمُزَنِيُّ قَالَ الشَّافِعِيُّ أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ أَبِي سُفْيَانَ مَوْلَى ابْنِ أَبِي أَحْمَدَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ أَوْ فِي خَمْسَةِ أَوسُقٍ الشَّكُّ مِنْ دَاوُد [1] وَقَالَ ابْنُ عُمَرَ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ إِلاَّ أَنَّهُ أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا [2] (قال المزني) وَرَوى الشَّافِعِيُّ حَدِيثاً فِيهِ قُلْتُ لِمَحْمُودِ بْنِ لبيدٍ: أو قَالَ مَحْمُودُ بْنُ لَبِيدٍ لِرَجُلٍ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ إِمَّا زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَإِمَّاغَيْرِهِ مَا عَرَايَاكُمْ هَذِهِ؟ فَقَالَ فُلاَنٌ وَفُلاَنَةٌ وَسَمَّى رِجَالاً مُحْتَاجِينَ مِنْ الأَنْصَارِ شَكَوْا إِلى النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ الرُّطَبَ يَأْتِي وَلاَ نَقْدَ بِأَيْدِيهِمْ يَبْتَاعُونَ بِه رُطَباً يَأْكُلُونَهُ مَعَ النَّاسِ وَعِنْدَهُمْ فُضُولٌ مِنْ قُوتِهِمْ مِنَ التَّمْرِ فَرَخَّصَ لَهُمْ أَنْ يَبْتَاعُوا الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ الَّذِي فِي أَيْدِيهِمْ يَأْكُلُونَهَا رُطَباً(قال الشافعي) وَحَدِيثُ سُفْيَانَ يَدُلُّ عَلَى مِثْلِ هَذَا أَخْبَرَنَا ابْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ يحيى بن سَعِيدٍ عَنْ بَشِيرِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ إِلاَّ أَنَّهُ أَرْخَصَ فِي الْعَرَايَا أَنْ تُبَاعَ بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَباً(قال المزنيّ) اخْتَلَفَ مَا وَصَفَ الشَّافِعِيُّ فِي الْعَرَايَا وَكَرِهْتُ الإِكْثَارَ فَأَصَحُّ ذَلِكَ عِنْدِي مَا جَاءَ فِيهِ الْخَبَرُ وَمَا قَالَ فِي كِتَابِ «اخْتِلاَفِ الْحَدِيثِ» وَفِي الإِمْلاَءِ أَنَّ قَوْماً شَكَوْا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ لاَ نَقْدَ عِنْدَهُمْ وَلَهُمْ تَمْرٌ مِنْ فَضْلِ قُوتِهِمْ فَأَرْخَصَ لَهُمْ فِيهَا».

قال الماوردي: أما العرايا فجمع عرية، والعرية في اللغة ما انفرد بذاته وتميز عن غيره، يقال عرى الرجل إذا تجرد عن ثيابه، وسمي ساحل البحر بالعراء لأنه قد خلي من النبات وتميز عن غيره من الأرض قال الله تعالى: «فَنَبَذْنَاهُ بِالْعَرَاءِ» [الصافات: ١٤٥] وقال الشاعر:

فَكَانَ الْعَرَايَا فِي النَّخْلِ أَنْ يُفْرَدَ بَعْضُ مَحَلِّ الْحَائِطِ

عما سواه حتى يصير متميزاً من الجملة، والعرايا على ثلاثة أقسام:

---

(١) أخرجه البخاري ٣٨٧/٤ حديث (٢١٩٠) ومسلم ١١٧١/٣ حديث (١٥٤١/٧١) وداود هو ابن الحصين الراوي.

(٢) أخرجه البخاري ٤٥٢/٤ حديث (٢١٩٠) وهو من حديث جبار عن البخاري ٤٥٢/٤ حديث (٢١٨٩) ومسلم ١١٦٧/٣ في البيوع حديث (١٥٣٦/٥٣) والشافعي ١٧١/٢ في المسند.

القول في أقسام العرايا

مواساة، ومحاباة، ومراضاة، فأما المواساة فهي أن يتصدق الرجل ببعض نخله على الفقراء، أو يمنح به قوماً بأعيانهم من المساكين ويفرده عن باقي ملكه فيصير عرية متميزة وهذا مستحب، وقد روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ لِخُرَّاصِهِ: خَفِّفُوا الْخَرْصَ[1] فَإِنَّ فِي الْمَالِ الْعَرِيَّةَ وَالْوَصِيَّةَ. ما ذكرنا من المواساة، وأما المحاباة: وهو أن الخراص كانوا إذا خرصوا نخل رجل تركوا بعض نخله عرية لا تخرص عليه ليأكلها علماً بأنه سيتصدق منها بأكثر من ثلثها وهذا جائز قد روى سهل بن أبي حثمة: أن النبي ﷺ قال: «إِذَا خَرَصْتُمْ فَدَعُوا لَهُمُ الثُّلُثَ فَدَعُوا لَهُمُ الرُّبُعَ» وأما المراضاة فقد اختلف الفقهاء فيها وفي المزاد منها، فذهب الشافعي إلى أنها بيع الرطب خرصاً على رؤوس النخل بمكيلة تمراً على الأرض في خمسة أوسق أو أقل مع تعجيل القبض وقال مالك: «العرية أن تهب رجلاً ثمر نخلات من حائط فتتم الهبة عنده بالقبول وحده ثم يكره مشاركة غيره ولا يقدر على الرجوع في هبته فله أن يبتاع ذلك جبراً بخرصه تمراً ويجريه مجرى الشفعة خوفاً من سوء المشاركة.

وقال أبو حنيفة: بل هذه العرية أن تهب الرجل ثمر نخلات لا يقبضها ثم يبدو له فكرة الرجوع فيها فيتراضيا على تركها ودفع خرصها تمراً مكانها فيجوز فأما بيع الرطب على النخل خرصاً بمثله من التمر كيلاً فلا يجوز استدلالاً بحديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ الْمُزَابَنَةِ» والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلاً وبيع الكرم بالزبيب كيلاً وهذا عام والله أعلم. وقدروى جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ كُلِّ ثَمَرَةٍ تَخْرُصَ» وهذا أحق قال: ولأنه لما لم يجز بيع الرطب بالتمر خرصاً فأولى أن لا يجوز على النخل وتجويزه قياساً أنه بيع رطب بتمر خرصاً فأشبه إذا كان على الأرض ولأن كل ما لم يجز بيع كثيره بالخرص لم يجز بيع قليله كالبر بالبر والله أعلم قال ولأن كل جنس وجب اعتبار التماثل فيه لم يختلف حاله باختلاف أماكنه كالذهب والفضة.

ودليلنا بثبوت السنة الواردة من خمس طرق منها: ما رواه الشافعي عن سفيان عن ابن جريج عن جابر رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمزابنة بيع التمر بالتمر إلا أنه أرخص في العرايا.

والثاني ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ: أَرْخَصَ لِصَاحِبِ الْعَرِيَّةِ أَنْ يَبِيعَهَا بِخَرْصِهَا.

والثالث ما رواه الشافعي عن سفيان عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن

---

(١) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد ٤٧٢/٦ وانظر التلخيص ٦٥/٣ والدر المنثور ٢٥٣/٣.

سهل بن أبي حثمة قال: «نَهَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ التَّمَرِ بِالتَّمْرِ إِلَّا أَنَّهُ أَرْخَصَ فِي الْعَرِيَّةِ بِأَكْلِهَا رُطَباً.

والرابع ما رواه المزني في المختصر عن الشافعي: أنه روى حديثاً فيه قلت لمحمود ابن لبيد أو قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب رسول الله ﷺ إِمَّا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ وَإِمَّا غَيْرُهُ مَا عَرَايَاكُمْ هَذِهِ؟ فَقَالَ: وَسَمَّى رِجَالاً مُحْتَاجِينَ مِنَ الْأَنْصَارِ شَكَوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الرُّطَبَ يَأْتِي وَلَا نَقْدَ بِأَيْدِيهِمْ يَتَبَايَعُونَ بِهِ رُطَباً يَأْكُلُونَهُ مَعَ النَّاسِ وَعِنْدَهُمْ فُضُولٌ مِنْ قُوتِهِمْ مِنَ التَّمْرِ فَرَخَّصَ لَهُمُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَبْتَاعُوا الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ الَّذِي فِي أَيْدِيهِمْ يَأْكُلُونَهَا رُطباً[1].

الخامس ما رواه الشافعي في صدر الباب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ الشك من داود فدلت هذه الأحاديث الخمسة على ما ذهبنا إليه في العرايا من خمسة: أحدها أنه استثنى العرية من المزابنة فلما كانت المزابنة المنهي عنها هي بيع التمر الرطب في نخلة وجب أن تكون العرية المستثناه منهما هي بيع التمر بالرطب في نخلة، والثاني أنه أجاز العرية بلفظ الرخصة والرخصة ما كانت بعد حظر سابق ولا تكون العرية رخصة بعد حظر إلا على مذهبنا دون مذهب من خالفناه والثالث أنه أرخص في بيع العرايا والبيع ما يتناول عوضاً ومعوضاً وذلك لا يكون إلا على قولنا.

والرابع أنه اعتبر فيها المساواة بالخرص ولا يجوز ذلك إلا في بيعها بالجنس والخامس أنه أباحها في قدر مخصوص والمخالف لا يعتبر فيها على مذهبه قدراً مخصوصاً، ثم حديث محمود بن لبيد مفسراً لا احتمال فيه ولم يسنده الشافعي لأنه رواه من السير وجعله مع ما أسنده شاهداً لصحة مذهبه، فإن قيل فهذه أحاديث واردة قبل تحريم الربا ومنها أنه اعتبر فيها التساوي بالخرص وهذا قبل تحريم الربا غير معتبر، ومنها أنه أباحها في قدر مخصوص وهذا قبل تحريم الربا غير مقدر.

فأما الجواب عن أدلتهم فهو أن الظاهر منها مخصوص بظواهرنا والأقيسة مدفوعة بنصوصنا، ثم نقول إنما جازت العرية فيما كان على رؤوس النخل ولم يجز فيما هو على الأرض لأن ما على النخل مستدام المنفعة وما على الأرض مسلوب المنفعة، وجازت في القليل للحاجة إليها ولم تجز في الكثير للاستغناء عنها وجازت بالخرص وإن لم يجز الخرص في البر لأن كيل ما على النخل متعذر وكيل البر غير متعذر واختلاف حكم حالها كاختلاف أماكنها ولكن لاختلاف الحاجة إليها.

---

(١) أخرجه الشافعي في اختلاف الحديث ٧/٣٢٧ وذكره الحافظ في الفتح ٤/٤٥٩ وقال: نقلا عن ابن المنذر هذا الكلام لا أعرف أحداً ذكره غير الشافعي.. وانظر التلخيص ٣/٢٣.

فصـــل: جواز العرايا مع اختلاف أنواع التمر

فـإذا ثبت أن بيع العـرايا هـو بيع الـرطب على رؤوس النخل بكيلهـا تمـراً على وجـه الأرض فلا فرق بين أن يتساويا في النوع كالتمـر البرني بـالرطب البـرني أو يختلفا في النـوع كـالتمر البـرني بالـرطب المعقلي في جواز ذلـك كله، فأمـا بيع الـرطب على رؤوس النخل برطب في الأرض أو برطب على رؤوس النخل فذهب الشافعي أنه لا يجوز بحال لأن وجـود الرطب مغني عن بيعه برطب على رؤوس النخل وقـال أبو علي بن خيـران يجوز بيـع الرطب على الأرض بـرطب على رؤوس النخـل لأنـه أدوم نفعـاً، ويجـوز بيـع الـرطب على رؤوس النخل برطب على رؤوس النخل سواء كان نوعاً أو أنواعاً.

وقال أبو إسحق المروزي لا يجوز بيع رطـب على الأرض برطب على رؤوس النخل، فـأما بيـع الرطب على رؤوس النخـل برطب على رؤوس النخـل فـإن كـانـا من نـوع واحـد كالمعقلي بالمعقلي لم يجز، وإن كانا نوعين كالمعقلي بالإبراهيمي جاز.

وقال أبو علي بن أبي هريرة يجوز بيع الرطب على الأرض برطب على رؤوس النخل لأنه أدوم نفعاً ويجوز بيع ما على الأرض من النخل بما على النخل إذا كانـا من نوعين لاختـلاف الشهوة.

ولا يجوز إذا كانـا من نوع واحـد لفقد الغـاية، وكـل واحد من هـذه المذاهب الثـلاثة فاسد، وما عليه جمهور أصحابنا بطلان ذلـك كله أصح لأن النَّبِيَّ ﷺ أَرْخَصَ فِي الْعَـرَايَا أَنْ تُبَاعَ بِخَرْصِهَا تَمْراً؛ ولأنه لما لم يجز بيع الـرطب بالـرطب على وجه الأرض مـع قلة تفاضله وقرب تماثله فأولى أن لا يجوز على النخـل لأن عدم الحـاجة إليـه تمنع من جـواز الغرر فيـه والله أعلم.

مسألة: [القول في مقدار العرية]

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأُحِبُّ إِلَيَّ أَنْ تَكُونَ العَرِيَّةُ أَقَلَّ مِنْ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ وَلَا أُفْسِخُهُ فِي الْخَمْسَةِ وَأَفْسَخُهُ فِي أَكْثَرَ (قال المزني) يَلْزَمُهُ فِي أَصْلِهِ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْـعَ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ لأَنَّهُ شَكٌّ وَأَصْلُ بَيْعِ التَّمْرِ فِي رُؤُوسِ النَّخْلِ بِـالتَّمْرِ حَـرَامٌ بِيَقِينٍ وَلَا يَحِلُّ مِنْـهُ إِلَّا مَا أَرْخَصَ فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَقِينٍ فَـأَقَلُّ مِنْ خَمْسَـةِ أَوْسُقٍ يَقِينٌ عَلَى مَا جَـاءَ بِهِ الْخَبَـرُ وَلَيْسَـتِ الْخَمْسَةُ بِيَقِينٍ فَلَا يَبْطُلُ الْيَقِينُ بِالشَّكِّ».

قـال الماوردي: والكـلام في هذه المسـألة مقصـور على قدر مـا أبيح من العـرية فـلا يختلف المـذهب أن العريـة لا تجوز فيمـا زاد على خمسة أوسق لعمـوم نهيـه عن المـزابنـة وتجوز فيما دون خمسة أوسق ولو بمد لإباحة العرية وفي جوازها في خمسة أوسق قولان:

أحدهما: نص عليه في كتاب الصرف أنه لا يجوز واختاره المزني لأن تحريم المزابنة عام وإباحة العرية خاص والخمسة شك والعموم لا يختص بالشك. وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «لَا صَدَقَةَ فِي الْعَرِيَّةِ وَالْخَمْسَةُ وَصَاعِداً فِيهَا الصَّدَقَةُ»[1] فلم تجز أن يكون من جملة العرية ولأن العرية تختص بالقليل دون الكثير لتحريمها فيما زاد على الخمسة لكثرته وإباحتها فيما دون الخمسة لقلته والخمسة في حد الكثرة لوجوب الزكاة فيها وما دونها في حد القلة لانتفاء الزكاة عنها.

والقول الثاني: نص عليه في كتاب «الأم» جواز العرية في خمسة أوسق لأن تحريم ما زاد على الخمسة إنما كان لدخوله في المزابنة قطعاً وتحليل ما دون الخمسة لدخوله في العرية يقيناً والخمسة وإن كانت شكاً فلا يجوز إلحاقها بالمزابنة دون العرية لأمرين:

أحدهما: لما فيه من نفي الشك عنها بعد ثبوته فيها.

والثاني: أن عموم المزابنة قد صار مجهولاً باستثناء العرية المجهولة منها وإذا لم يجز إلحاقها بالمزابنة وجب إلحاقها بالعرية لأمرين:

أحدهما: أن الأصل في البيوع الإباحة لعموم قوله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]. **والثاني**: رواية عطاء عن جابر أن النبي ﷺ أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا فَعَمَّ وَلَمْ يَخُصَّ وَاحْتَمَلَ أن تكون رواية من روى في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق على وجه التخيير لأنها قد تستعمل في التخيير كما تستعمل في الشك.

فصل: [القول في جواز العرية فيما دون خمسة أوسق]

فإذا تقرر توجيه القولين، فإن قلنا بجواز العرية في خمسة أوسق فإنما نعني خمسة أوسق تمراً تباع بها رطباً تعود إلى خمسة أوسق تمراً على ما نصفه فلو زاد على خمسة أوسق تمراً لم يجز وكان عقداً فاسداً، فإن قيل فهلاّ أبطلتموه فيما زاد على الخمسة وجوّزتموه في الخمسة قيل لأنه بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنة والمزابنة كلها فاسدة، وإن قلنا إن العرية لا تجوز إلا فيما دون خمسة أوسق فلو نقص من الخمسة مد جاز وكان العقد صحيحاً، فلو ابتاع رجلان من رجل عشرة أوسق إلا مداً جاز لأن ابتياع الرجلين إنما يكون بعقدين فصار كل واحد منهما كأنه قد اشترى خمسة أوسق إلا نصف مد، وكذا لو ابتاع رجل من رجلين عشرة أوسق إلا مداً جاز وكأنه قد اشترى من كل واحد منهما خمسة أوسق إلا نصف مد فلو ابتاع رجلان من رجلين عشرين وسقاً إلا مداً جاز لأن ابتياع الرجلين من رجلين إنما يكون بأربعة عقود فصار كل واحد من الرجلين قد ابتاع من كل واحد من الرجلين خمسة أوسق إلا ربع مد فصح ولو ابتاعا عشرين وسقاً لم يجز.

---

(١) أخرجه مسلم ٢/٦٧٤ والنسائي ٥/٣٩.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَبْتَاعُ الَّذِي يَشْتَرِيَ العَرِيَّةَ بِالتَّمْرِ إِلَّا بِأَنْ يخرص الْعَرِيَّةِ كَمَا يَخْرِصُ الْعُشْرَ فَيُقَالُ فِيهَا الآنَ رُطَباً كَذَا وَإِذَا يَبِسَ كَانَ كَذَا فَيَدْفَعُ مِنَ التَّمْرِ مَكِيلَةَ خَرصِهَا تَمْراً وَيَقْبِضُ النَّخْلَةَ بِتَمْرِهَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ دَفْعِهِ فَسَدَ الْبَيْعُ».

قال الماوردي: اعلم أن جواز البيع في العرية معتبر بثلاثة شروط:

أحدها: القدر الذي لا تجوز الزيادة عليه.

والثاني: التساوي الذي لا يجوز الإخلال به.

والثالث: التقابض الذي لا يجوز الافتراق دونه.

فأما الشرط الأول وهو القدر فقد مضى الكلام فيه.

وأما الشرط الثاني وهو التساوي فلتحريم التفاضل فيما يدخله الربا والتساوي معتبر في التمر بالكيل؛ لأن الكيل فيه ممكن وفي الرطب الذي على رؤوس النخل بالخرص لأن كيله متعذر، ويجوز فيه خارص واحد بخلاف الزكاة لأن الخرص ها هنا بدل من الكيل عند تعذره فلما جاز كيال واحد جاز خارص واحد فيأتي الخارص النخلة فيخرصها بعد الإحاطة بها، فإذا بلغت قدراً يكون ثمرها خمسة أوسق أو أقل من خمسة أوسق على ما مضى من القولين دفع مثله تمراً كأن يقول: خرصها رطباً ستة أوسق وإذا يبس تمراً أربعة أوسق فيدفع إليه بالكيل أربعة أوسق تمراً، فإن زاد على الأربعة مداً أو نصف مدٍ لم يجز لظهور التفاضل فيه.

وأما الشرط الثالث وهو التقابض قبل الافتراق فلأن ما فيه الربا لا يجوز تأخير القبض فيه، فيقبض المشتري الرطب على رؤوس نخله ويدفع التمر إلى بايعه، وقد تمت العرية فيهما ولكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما فإذا افترقا لزمت العرية ولا خيار ثم للمشتري بعد ذلك إن يجتني ثمرة نخله حالاً بعد حال عند إدراكها وقت إبانها ولا تجوز العرية إلا فيما بدا صلاحه بسراً كان أو رطباً. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَبَيْعُ صَاحِبُ الْحَائِطِ لِكُلِّ مَنْ أَرْخَصَ لَهُ وَإِنْ أَتَى عَلَى جَمِيعِ حَائِطِهِ».

قال الماوردي: أما مذهب الشافعي رضي الله عنه وما صرح به في كتاب الأم وغيره جوازها للمضطر المعسر وللغني الموسر وهما في إباحتهما سواء، وقال المزني لا تجوز العرية إلا للمضطر المعسر وقد أشار إليه الشافعي رضي الله عنه في الإملاء ومن اختلاف الحديث لأن السبب في إباحة العرية حاجة ذوي الضرورات وكان محمولاً على سببه فاختلف أصحابنا، وكان بعضهم يخرج ذلك على قولين، وامتنع جمهورهم من تخريج القولين وصرحوا بجوازه للكافة قولاً واحداً تعويلاً على غالب نصه وتأولوا ما أشار إليه في الإملاء واختلاف الحديث على الأخبار عن سببه استدلالاً بإرخاصه ﷺ في العرية من غير

تقييد بالضرورة، ولأن الضرورة لا تتصور فيه لأن معه التمر فهوغير مضطر إلى الرطب فإنما يريده شهوة ولو كان إليه مضطر لزالت ضرورته بصاع منه وقد أبيح له أكثر منه فعلم أن اعتبار الضرورة فيه غير صحيح فإذا ثبت جوازه للمضطر وغيره جاز للرجل أن يبيع جميع حائطه عرايا في عقود شتى ولو كان فيه ألف وسق إذا وفى كل عقد شرطه وكذا يجوز للرجل أن يشتري بألف وسق من تمر عرايا في عقود شتى إذا أوفى كل حق شرطه لأن حكم كل عقد معتبر بنفسه لا تعلق له بغيره. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالْعَرَايَا مِنَ الْعِنَبِ كَهِيَ مِنَ التَّمْرِ لَا يَخْتَلِفَانِ لأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَنَّ الخَرْصَ فِي ثَمَرَتِهِمَا وَلَا حَائِلَ دُونَ الإِحَاطَةِ بِهِمَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال. العرية جائزة في الكرم بجوازها في النخل لكن اختلف أصحابنا هل جازت في الكرم نصاً أو قياساً على وجهين: **أحدهما**: وهو قول البصريين أنها جازت في الكرم نصاً مروياً عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ أَرْخَصَ فِي العَرَايَا وَالْعَرَايَا بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ وَالْعِنَبِ بِالزَّبِيبِ[1].

والوجه الثاني: وهو قول ابن أبي هريرة وطائفة من البغداديين أنها جازت في الكرم قياساً على النخل لبروز ثمرتها وإمكان الخرص فيهما وتعلق الزكاة بهما ثم يعتبر في بيع الزبيب بالعنب الشروط المعتبرة في بيع التمر بالرطب، فأما العرايا في سائر الثمار كالتفاح والمشمش والإجاص والخوخ فمذهب الشافعي أنها غير جائزة وقال الشافعي في كتاب البيوع الكبير في الأم ولو قال قائل يجوز التحري فيها كان مذهباً وكان بعض أصحابنا لأجل هذا الكلام يخرج ذلك على قولين، وامتنع سائرهم من تحريم القولين وأبطلوا العرية فيما سوى النخل والكرم قولاً واحداً لمباينة النخل والكرم ما سواهما من الأشجار من بروز الثمرة وإمكان الخرص ووجوب الزكاة وحصول الاقتيات والله أعلم بالصواب.

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٤٩ حديث (٢١٨٨) ومسلم في البيوع حديث (٦٠/١٥٣٩).

باب البيع قبل القبض

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ» وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ أَمَّا الَّذِي نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ الطَّعَامُ أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يُكْتَالَ وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ بِرَأْيِهِ وَلاَ أَحْسَبُ كُلَّ شَيْءٍ إِلاَّ مِثْلَهُ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَإِذَا نَهَى ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يُقْبَضَ لأَنَّ ضَمَانَهُ مِنَ الْبَائِعِ وَلَمْ يَتَكَامَلْ لِلْمُشْتَرِيَ فِيهِ تَمَامُ مِلْكٍ فَيَجُوزُ بِهِ الْبَيْعُ كَذَلِكَ قِسْنَا عَلَيْهِ بَيْعَ الْعُرُوضِ قَبْلَ الْقَبْضِ لأَنَّهُ بَيْعُ مَا لَمْ يُقْبَضْ وَرِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: كل من ابتاع شيئاً من طعام أو غيره لم يجز بيعه قبل قبضه.

وقال مالك: لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه ويجوز بيع ما ليس بطعام مأكول قبل قبضه، وقال سعيد بن المسيب والحسن البصري لَا يَجُوزُ بَيْعُ مَا يُكَالُ وْ يُوزَنُ قَبْلَ قَبْضِهِ وَيَجُوزُ بَيْعُ مَا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ قَبْلَ قَبْضِهِ، وَبه قال عثمان بن عفان رضي الله عنه وهو مذهب أحمد بن حنبل.

وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع ما ينقل ويحول قبل قبضه ويجوز بيع ما لا ينقل ولا يحول قبل قبضه.

واستدلوا جميعاً في الجملة بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ». فحمله مالك على المطعوم وحمله سعيد بن المسيب على أنه مكيل موزون وحمله أبو حنيفة على أنه محمول منقول وكل مستنبط منه معنى مذهبه، قالوا: ولأن البيع يجمع ثمناً ومثمناً فلما جاز بيع الثمن قبل قبضه حتى إن كان الثمن دراهم جاز أن يأخذ مكانها متاعاً أو عوضاً، وجب أن يجوز بيع المثمن قبل قبضه حتى إن كان متاعاً جاز أن يأخذ مكانه دراهم أو دنانير وتحرير ذلك علة أنه أخذ عوض البيع فجاز بيعه قبل قبضه كالثمن ولأن بيع ما لم يقبض إنما هو إزالة ملكه عنه.

فلما جاز للمشتري أن يزيل ملكه عما لم يقبضه بالعتق والاستهلاك، جاز أن يزيل

ملكه عنه بالبيع، وتحرير ذلك علة أنه أحد نوعين ما يزيل به الملك فجاز فيما لم يقبض كالعتق.

ثم انفرد أبو حنيفة مستدلاً لمذهبه بأن قال: حقيقة القبض هو النقل والتحويل فيما يمكن نقله وتحويله تنتفي عنه حقيقة القبض فاقتضى أن لا يكون لقبضه تأثير في جواز التصرف فيه بالبيع وغيره، قال: ولأن ما لا ينقل مأمون الهلاك، فلا يلحق العقد فسخ بتلفه في يد بائعه، فجاز بيعه للأمن من فسخه، وتحرير ذلك قياساً أنه مملوك بعقد لا يخشى انفساخه بهلاكه فوجب أن يجوز تصرفه فيه بالبيع وغيره كالمقبوض ولأنه مملوك مأمون الفساد فجاز بيعه قبل قبضه كالميراث.

ولأن المشتري يزيل ملكه بالبيع كما يزال ملكه بالشفعة فلما جاز أخذه بالشفعة قبل القبض جاز بيعه قبل القبض، وتحرير ذلك قياساً أنه عقار ملك على المشتري بعوض فلم يمنع منه تأخر القبض كالشفعة.

ودليلنا رواية عبدالله بن عصمة أن حكيم بن حزام حدثه أنه قال: يا رسول الله إِنِّي أَشْتَرِيَ بُيُوعاً فَمَا يَحِلُّ لِي مِنْهَا وَمَا يَحْرُمُ؟ قال: «إِذَا اشْتَرَيْتَ بَيْعاً فَلاَ تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ وَلاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ». فكان هذا النهي عاماً في كل مبيع، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمر أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ».

والمبيع قبل القبض غير مضمون على المشتري بدليل أن ما حدث به من عيب يستحق به المشتري الفسخ لأنه من ضمان البائع، ثم قد منعه النبي ﷺ من طلب الربح فيه بالبيع وروي أن النبيّ ﷺ «لَمَّا بَعَثَ عَتَّابَ بْنَ أَسِيدٍ إِلَى مَكَّةَ قَالَ لَهُ: «انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبَضُوا وَرِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنُوا»[1] وهذا نص ولأنه بيع ما لم يقبضه المشتري فوجب أن لا يجوز له بيعه كالمطعوم مع مالك، والمنقول مع أبي حنيفة، ولأن ملك المبيع لا يستقر إلا بالقبض بدليل قوله تعالى: ﴿وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٨] ففصل بين ما قبض فلم يوجب رده لاستقرار ملكه وبين ما لم يقبض فأوجب رده لعدم ملكه، ولأن الصرف يزول فيه ملك المشتري بتأخر القبض، وإن لم يستقر الملك على ما لم يقبض لم يجز بيعه لأن بيع ما لم يستقر ملكه باطل ولأن بيع ما لم يقبض غير مقدور على تسليمه وبيع ما لا يقدر على تسليمه باطل كالعبد الآبق والجمل الشارد، وعلى أبي حنيفة خاصة أن كل حكم كان القبض فيه معتبراً بالنقل والتحويل إن كان منقولاً كان القبض فيه معتبراً بالتخلية والتمكين، إن لم يكن منقولاً. أصله تمام الهبة ولزوم الرهن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/٥٧٢ وابن ماجة ٢/٧٣٨ والبيهقي ٥/٣١٣.

وانتقال ضمان المبيع إلى المشتري يستوي فيه ما ينقل وما لا ينقل في اعتبار القبض فيه كذلك البيع.

وأما الجواب عن استدلالهم بحديث ابن عمر فهو أنه لا دليل فيه من وجهين، أنه بعض ما شمله عموم خبرنا فلم يعارضه لأنه لم ينافيه والثاني أن تعلقه لا يحج ودليل الخطاب فيه لا يسلم لأن الشافعي إنما يجعل الخطاب دليلاً إذا علق بعدد أو صفة فتعلقه بالعدد كقوله «فِي أَرْبَعِينَ شَاةٍ شَاةٌ» «وَإِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قُلَّتَيْنِ لَمْ يَحْمِلْ خَبَثاً»، وتعليقه بالصفة كقوله في «سَائِمَةِ الْغَنَمِ زَكَاةٌ» وَلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ[1]، وأما دليل الخطاب في الأسماء فلا نقول به وهو ها هنا معلق بالاسم وإنما كان أبو بكر بن الدقاق من أصحابنا يقول بدليل الخطاب في الأسماء ولو التزم هذا المذهب في دليل الخطاب لم نسلم في هذا الموضع لأن الخبر تنبيهاً يدفع دليل خطابه وهو أن تعليقه النهي بالطعام مع كثرة بياعاته وحدوث الحاجة إلى المسامحة في عقود تنبيهاً على أن غير الطعام أولى بالنهي فكان دليل الخطاب مدفوعاً به.

وأما الجواب عن جمعهم بين الثمن والمثمن واستشهادهم بجواز المعاوضة على الثمن قبل قبضه، فمنتقض على قول مالك بالمطعوم وعلى قول أبي حنيفة بالمنقول ثم المعنى في الثمن استقرار ملك البائع عليه قبل قبضه فجاز أن يعاوض عليه بأخذ بدله والمثمن لم يستقر ملك المشتري عليه قبل قبضه فلم يجز أن يعاوض عليه.

وأما الجواب عن قياسهم على العتق فالمعنى في العتق أنه استهلاك لا تعتبر فيه الشروط المعتبرة في العقود، كما يجوز أن يستهلك المطعوم والمنقول قبل قبضه ولا يجوز أن يبيعه قبل قبضه وأما الجواب عن قياس أبي حنيفة ما لا ينقل على المقبوض بعلة أنه لا يجيز انفساخ العقد بهلاكه فينتقض بمن اشترى طعاماً كيلاً وقبضه جزافاً قد أمن فسخ البيع بهلاكه، ولا يجوز بيعه قبل كيله وفي العكس من اشترى علو دار ليس يأمن فسخ العقد بهلاكه ويجوز بيعه قبل قبضه، ثم يقول المعنى في المقبوض أنه صار من ضمان المشتري فجاز بيعه وما لم يقبض وإن كان غير منقول، ليس من ضمان المشتري فلم يجز بيعه وكذا الجواب عن الميراث أنه جاز له بيعه قبل قبضه لأنه من ضمانه، وأما الجواب عن قياسهم على الشفعة فهو أنه لا يصح على أصلهم لأن مذهبهم أنه مأخوذ بالشفعة من البائع دون المشتري وكذلك يجب عندهم عهدة الشفيع على البائع دون المشتري ثم على أصلنا أن الشفعة مستحقة على المشتري لا نسلم بهذا القياس لأن الشفعة تستحق جبراً فلم يفتقر

---

(١) أخرجه الترمذي في السنن حديث (٢١٢٠ و ٢١٢١) والنسائي في كتاب الوصايا باب (٥) وابن ماجة حديث (٢٧١٣ و ٢٧١٤) وأحمد في المسند ٤/١٨٦ والبيهقي ٦/٨٥ والشافعي كما في البدائع (١٣٨٣) وعبدالرزاق في المصنف (٧٢٧٧) والدارقطني ٤/٧٠.

ثبوتها إلى جواز التصرف فجاز قبل القبض وإن عدم التصرف والبيع عقد تراض يفتقر ثبوته إلى جواز التصرف فلم يجز قبل القبض لعدم التصرف.

وأما القسم الثاني: وهو ما لا ينفذ فيه تصرفه فيه فهو ما كان من عقود المعاوضات كصداق الزوجات أو أجور المستأجرات أو عقود الاجارات أو صلح في حقوق ومطالبات فكل هذا وما شاكله باطل فإذا جعل المبيع صداقاً لزوجة في عقد النكاح بطل الصداق ولم يبطل النكاح ولو جعله أجرة لدار استأجرها كانت الإجابة باطلة لوهاء تصرفه في الأجرة ولو كان المبيع داراً فأجرها بطلت الإجارة لوهاء تصرفه في الدار المؤجرة ولو جعله صلحاً على دين كان صلحاً باطلاً لأن الصلح بيع.

وأما القسم الثالث: وهو ما اختلف قوله فيه: فالكتابة والرهن والهبة فإذا كاتب العبد الذي ابتاعه قبل قبضه ففي الكتابة قولان: أصحهما باطلة لأنها عقد معاوضة والثانية صحيحة لأن المغلب فيها العتق وأما الرهن فإن كان الثمن باقياً على المشتري أو بعضه كان رهنه باطلاً لأنه مرهون على ثمنه وإن كان قد دفع جميع ثمنه ففي جواز رهنه قولان:

أحدهما: باطل لأنه ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه.

والثاني: جائز لأنه لما جاز أن يكون مرهوناً على ثمنه جاز أن يكون مرهوناً على غير ثمنه.

وأما هبته قبل قبضه ففيها قولان: من اختلاف قوليه هل يلزم فيها المكافأة أم لا، فإذا قيل بوجوب المكافأة فيها بطلت الهبة لأنها معاوضة وإذا قيل إن المكافأة لا تجب فيها صحت الهبة فإن كانت لأجنبي احتاج الواهب أن يقبضها من البائع بنفسه أو وكيله ليستقر له ملكها ويسقط عن البائع ضمانها، ثم يدفعا إلى الموهوب له ليتم له هبتها فلو أذن الواهب للموهوب له أن يقبضها من البائع قبضها منه لم يصح لأنهما عقدان يلزم في كل واحد منهما القبض فلم يكن العقد واحداً نايباً عن عقدين ثم ينظر فإن كان الموهوب له قبضها لنفسه لم يكن ذلك قبضاً لا عن البيع ولا عن الهبة، أما عن البيع فلأن القبض لم يكن للمشتري وأما عن الهبة فلأنه لا يصح إلا بعد قبض المبيع والبائع ضامن لها بالثمن حتى لو تلف بطل البيع لعدم القبض فيه والمشتري الواهب ضامن لها بالقيمة حتى إن تلفت غرمها للبائع لأنها مقبوضة عن أجرة بوجه معاوضة.

وهل يكون الموهوب له ضامناً بالقبض أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا ضمان عليه لأنه ليس معاوضة.

والثاني: عليه الضمان لأن يده دخلت من جهة الواهب، فإن كان الموهوب له قبضها للواهب المشتري صح القبض في البيع وبرىء البائع من الضمان وضمنها المشتري بالثمن

ولا ضمان على الموهوب له بالقبض لأنه وكيل للواهب فيه و يحتاج إلى استيثاق قبض لتتم به الهبة فإن أذن له الواهب في قبض ذلك من نفسه لم يصح أن يكون قابضاً من نفسه مقبضاً لها والله أعلم.

فصل: وإذا ابتاع عبداً بألف درهم وقبضه ثم إن البائع نقص المشتري من الثمن مائة درهم فإن كان هذا النقصان بعد التفرقة كان أمراً محضاً يصح، وإن كان المشتري قد باع العبد أو وهبه أو أعتقه، أو كاتبه لأنه أبرأ من دين لا تعلق فيه بالعبد، وكذا لو كان العبد قد مات في يده فلو كان باقياً ورده بعيب رجع بالألف كلها لأن الثمن ألف وإن أبرأه من بعضه. وفيه قول آخر أنه يرجع عليه بتسعمائة وهو القدر الذي أداه، فخرج من اختلاف قوليه في الزوجة إذا أبرأت زوجها من صداقها ثم طلق قبل الدخول هل يرجع عليها بنصفه أم لا على قولين: فإن كان قد دفع إليه بألف عوضاً فإنه يرجع عليه إذا رده معيباً بالألف الثمن دون العوض لا يختلف فيه المذهب فأما إذا كان النقصان قبل التفرق وهذا فسخ للبيع الأول واستيثاق بيعه بتسعمائة، فلو رده بعيب رجع بتسعمائة لا غير لأنها جميع الثمن.

فلو كان المشتري قد باعه أو وهبه أو أعتقه أو كاتبه لم يصح هذا النقصان وكان على المشتري جميع الألف لأن فسخ البيع بعد هذه الأحوال لا يصح وكذا لو كان العبد قد تلف فلو لم ينقصه لكان أعطاه قبل التفرق بالثمن عوضاً فإن كان بعد أن باع العبد أو أعتقه أو وهبه لم يجز لأنه يكون فسخاً للبيع بالألف واستيثاق بيعه بالعوض، والفسخ بعد هذه الأمور لا يصح وإن كان مع بقاء العبد على حاله جاز وكان استيثاق بيع مبتدأ للعبد بالعوض فلو رده بعيب رجع بالعوض لأنه الثمن ولا يكون ما تقدم من قبض المشتري للعبد محرماً حتى يحدث له البائع قبضاً بعد تقدير العوض أو بعد النقصان إن كان نقص لأنه لما ارتفع العقد الأول بالنقص من الثمن أو بالعوض المأخوذ عن الثمن وصار ذلك بيعاً مبتدأ افتقر إلى قبض بعده ولم يصح فيه قبض تقدمه، فلو تلف العبد قبل إحداث قبض ثان بطل البيع لتلف المبيع قبل القبض ويكون مضموناً على المشتري بالقيمة دون الثمن لأن بطلان البيع قد أسقط عنه الثمن ولزمته القيمة لأنه كان في قبضه بعوض وكذا لو كان المشتري قد زاد البائع في الثمن مائة كان على ما مضى إن كان بعد التفرق وكانت الزيادة مائة هبة لا يرجع بها المشتري إن رد بعيب وإن كان قبل التفرق كان فسخاً للبيع واستيثاقاً بألف والمائة للزيادة ويرجع بها مع الألف إن ردّه بعيب ولا يصح بعد تلف العبد أو عتقه.

فصل: وإذا ابتاع عبداً بعبد فقبض العبد الذي ابتاعه ولم يسلم العبد الذي باعه فلا بأس أن يبيع العبد الذي قد ابتاعه لأنه قد قبضه ولا يجوز للآخر أن يبيع ما قد ابتاعه لأنه لم يقبضه، فلو تلف في يده هذا العبد الذي قد ابتاعه ولم يسلمه بعد أن باع العبد الذي قد ابتاعه وتسلمه بطل البيع الأول في العبد الذي قد باعه لتلفه قبل القبض ولم يبطل البيع

الثاني في العبد الذي قد ابتاعه لكن عليه دفع قيمته إلى بايعه الذي باعه، لأنه لما بطل البيع استحق الرجوع به وقد خرج بالبيع من ملكه فلزمه دفع قيمته، فلو تلف العبدان جميعاً في يده وجب عليه فيما ابتاعه غرم قيمة الأول ورد ثمنه على الثاني لبطلان البيعين فيه.

فصل: وإذا ابتاع عبداً فذهب عضو منه في يد البائع قبل تسلمه لم يخل ذهاب عضوه من أن يكون بآفة سماوية أو جناية آدمي. فإن كان بآفة سماوية فالمشتري لأجله بالخيار بين فسخ البيع لحدوث الآفة به مع ضمان على بايعه، وبين الرضا به وإمضاء البيع فيه بجميع الثمن، وإن كان ذلك بجناية آدمي لم يخل حال الجاني من ثلاثة أحوال: إما أن يكون البائع أو المشتري أو أجنبي، فإن كان الجاني على عضو العبد أجنبياً كان للمشتري الخيار فيه لحدوث النقص في يد بايعه، فإن فسخ كان للبائع مطالبة الجاني بالأرش لأن العبد قد رجع إلى ملكه بالفسخ، فإن لم يفسخ المشتري وأحب الإمضاء فالمشتري هو الذي يستحق مطالبة الجاني بالأرش، لكن بعد قبض العبد فأما قبل قبضه فلا مطالبة له بجواز أن يموت العبد في يد بائعه فيبطل البيع فيه وتجب أرش الجناية لبائعه وإن كان الجاني على عضو العبد هو المشتري فجنايته مضمونة عليه ولا خيار له بها فإن تلف العبد بعد جنايته في يد البائع بحادث سماء فقد بطل البيع فيه لتلفه قبل القبض وصار المشتري ضامناً أرش جنايته للبائع وفي كيفية ضمانها وجهان:

أحدهما: يضمنها بالأروش المقدرة في الأعضاء كالأجنبي، **والثاني**: يضمنها بما نقصت من قيمته لأن الجناية كانت في ملكه بخلاف الأجنبي، وإن كان الجاني على عضو العبد هو البائع فقد اختلف أصحابنا في جنايته هل يجري مجرى حادث من سماء أو مجرى جناية آدمي على وجهين:

أحدهما: أنها تجري مجرى حادث من سماء فوجب للمشتري الخيار ولا رجوع له بالأرش إن أحب المقام.

والوجه الثاني: أنها مضمونة كجناية الآدمي فوجب للمشتري الخيار، ولا رجوع له بالأرش إن أحب المقام.

والثاني: فإن أحب المقام على البيع رجع على البائع بأرش جنايته بعد قبض العبد فأما قبله فلا وفي كيفية رجوعه بالأرش وجهان: **أحدهما** بالمقدر في الأعضاء **والثاني** بقدر النقص من القيمة.

فصل: فأما إن قتل العبد في يد بائعه فإن كان قتله بحق لا يضمن كالقود والقتل بالردة، فقد بطل البيع فيه كما لو مات حتف أنفه، وإن كان قتله بغير حق لم يخل حال قاتله من ثلاثة أحوال: إما أن يكون البائع أو المشتري أو أجنبي، فإن قتله المشتري كان ذلك قبضاً ولا خيار له، وإن قتله أجنبي ففي البيع قولان:

أحدهما: قد بطل لتلفه قبل القبض كالموت وللبائع مطالبة القاتل بقيمته، **والقول الثاني**: أن البيع لا يبطل لأنه قد انتقل بالجناية إلى بلد بخلاف الموت، لكن يكون المشتري بالخيار فإن فسخ كان البائع هو المطالب للقاتل بالقيمة لعوده إلى ملكه وإن أقام على البيع كان المشتري هو المطالب للقاتل بالقيمة لاستقراره في ملكه فإن كان القتل هو البائع فعلى وجهين:

أحدهما: أن جنايته لحادث من سماء فعلى هذا يبطل البيع كما لو مات.

والثاني: أنها كجناية الآدمي فعلى هذا يكون في بطلان البيع قولان على ما مضى.

فصل: فلو اشترك المشتري والبائع في قتله لزم البيع في نصفه وهو ما قابل جناية المشتري لأنه كالقابض له بجنايته، فأما البيع في النصف الثاني المقابل لجناية البائع فإن قيل إن جنايته كآفة من سماء بطل البيع فيه ورجع المشتري عليه بنصف الثمن ولا خيار له في فسخ ما قد لزمه بجنايته وإن تنقصت الصفقة به لفوات رده وإن قيل إن جناية البائع كجناية الأجنبي ففي بطلان البيع في نصفه الثاني قولان:

أحدهما: قد بطل على ما مضى. وللمشتري استرجاع نصف الثمن.

والثاني: لا يبطل البيع فيه ولكن يكون المشتري بالخيار في فسخ البيع فيه واسترجاع نصف الثمن أو إمضاء البيع فيه وأخذ نصف القيمة كما لو كان شريك المشتري أجنبياً.

فصل: ولو ابتاع جارية بكراً فوطئها فأذهب بكارتها في يد البائع ثم ماتت الجارية قبل القبض بطل البيع فيها ووجب على المشتري أرش بكارتها ولم يجب عليه مهرها لأن المهر من كسبها والكسب للمشتري وأرش البكارة لاستهلاك ما زال ملك المشتري عنه.

مسألة: حقيقة القبض

وَمَنْ ابْتَاعَهُ جُزَافاً فَقَبْضُهُ أَنْ يَنْقُلَهُ مِنْ مَوْضِعِهِ وَقَدْ رَوَى عُمَرُ وَابْنُ عُمَرَ أَنَّهُمْ كَانُوا يَتَبَايَعُونَ الطَّعَامَ جُزَافاً فَيَبْعَثُ النَّبِيُّ ﷺ مَنْ يَأْمُرُهُمْ بِنَقْلِهِ مِنَ الْمَوْضِعِ الَّذِي ابْتَاعُوهُ فِيهِ إِلَى مَوْضِعٍ غَيْرِهِ[1]».

قال الماوردي: وأصل هذا أن النبي ﷺ أطلق ذكر القبض كما أطلق التفرق في البيع والإحياء في الموات، والإحراز في السرقة، لاختلافها وأن للناس عرفاً معتبراً فيها وإذا كان كذلك فالقبض يختلف بحسب اختلاف المبيع، فالمبيع لا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يكون منقولاً، أو غير منقول، فإن كان غير منقول كالعقار والأرضين فقبض ذلك بتخلية البائع

---

(١) أخرجه البخاري ٣٩٨/٤ حديث (٢١٢٣ و ٢١٣١) ومسلم ١١٦٠/٣ حديث (١٥٢٧/٣٣).

وتمكين المشتري، وتخلية البائع ترفع يده وتصرفه، فإن وجدت التخلية من البائع ولم يوجد التمكين من المشتري لم يتم القبض وإن وجد التمكين من المشتري ولم توجد التخلية من البائع فتمكين المشتري غير كامل، والقبض غير تام، فلو باعه الأرض مزارعة فتمام القبض يكون بالزرع مع التخلية والتمكين.

فصل: وإن كان المبيع منقولاً، فلا يخلو حاله من أحد أمرين:

إما أن يكون جزافاً أو مقدراً بكيل أو وزن، فإن كان جزافاً غير مكيل ولا موزون كصبرة من طعام أو ثوب أو عبد أو دابة أو سفينة فقبض ذلك تحويله ونقله.

وقال أبو حنيفة: قبض هذا بالتخلية والتمكين دون النقل والتحويل كالدور والعقار وهذا خطأ لرواية معمر عن الزهري عن سالم عن ابن عمر قال: رَأَيْتُ النَّاسَ يَضْرِبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِذَا اشْتَرَوْا الطَّعَامَ جُزَافًا أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَنْقُلَهُ إِلَى رَحْلِهِ؛ ولأنه منقول فلم يتم قبضه بمجرد التمكين كالمكيل وإذا ثبت أن قبضه لا يتم إلا بالنقل والتحويل نظر: فإن كان البائع قد قبض ثمنه جاز للمشتري أن ينفرد بنقله من غير حضور البائع ولا إذنه لأنه لا حق للبائع في منعه فلم يفتقر المشتري في القبض إلى إذنه. فإن لم يكن البائع قد قبض الثمن أو بقيت له منه بقية لم يكن للمشتري نقله إلا عن إذن البائع دون حضوره لأنه يستحق حبسه على ثمنه، ثم لا يستقر القبض بالتحويل إلا بعد إخراجه من الحرز الذي كان فيه إلى غيره فإن نقله من أحد جانبي الدار إلى الجانب الآخر لم يتم القبض وكذلك لو نقله من علو الدار إلى سفلها أو من سفلها إلى علوها لم يتم القبض، لأن الحرز واحد ولو نقله من بيت في الدار إلى بيت آخر فيها لم يجز إلا أن تكون الدار خانات للتجار وكل بيت فيها حرز مفرد لرجل، فيتم القبض لاختلاف الاحتراز، فإذا نقله عن الحرز الذي كان فيه استقر القبض وإن لم يجعل في حرز المشتري، فلو لم ينقله المشتري من حرز البائع حتى اشترى الحرز منه لم يلزمه نقله واستقر قبض الطعام بالتمكين من حرزه الذي ابتاعه لأنه إذا ملك الموضع مع ما فيه لم يلزمه نقل ما فيه، ألا ترى أنه لو اشترى داراً مع ما فيها من المتاع لم يفتقر قبض المتاع إلى تحويله من الدار. وكان تمكينه من الدار قبضاً للدار ولما فيها من المتاع فلو استعار الحرز ولم يشتره لم يكن ذلك قبضاً ولو استأجره كان فيها وجهان:

أحدهما: يكون قبضاً لأنه بالإجارة قد ملك المنافع.

والثاني: لا يكون ذلك قبضاً حتى ينقل لأن ملك الحرز لم ينتقل.

فصل: وإن كان المبيع مكيلاً أو موزوناً قبضه يتم بشيئين أحدهما كيل المكيل ووزن الموزون والثاني النقل والتحويل فإن نقله عن مكيل من غير كيل ولا وزن صار من ضمانه لكن لم يتم القبض، فلا يجوز له بيعه حتى يكال أو يوزن وإن اكتاله أو وزنه ولم يحوله لم

يتم القبض ولم يصر مضموناً عليه لأنه لم يخرج عن يد بائعه، ثم لا يصح هذا القبض إلا بحضور البائع كيله أو حضور وكيله فيه وحضور المشتري لاكتياله أو حضور وكيله فيه وحضور المشتري سواء تقابضا الثمن أم لا فلو أذن البائع للمشتري أن يكتاله لنفسه لم يصح إلا أن يكون عند الكيل مقبض من جهة البائع وقابض من جهة المشتري، ويكون الكيال أميناً يرضيان به فلو قال البائع أنا أكيله لنفسي لم يلزم المشتري الرضا به، ولو قال المشتري أنا أكتاله لنفسي لم يلزم البائع الرضا به فإن تراضيا بكيال وإلا نصب الحاكم لهما كيالاً أميناً، وأجرة الكيال واجبة على البائع لأن الكيل من حقوق التسليم.

وقال أبو حنيفة: أجرة الذي يملأ القفيز على البائع وأجرة الذي يفرغ على المشتري. وهذا غير صحيح لأن تفريغ القفيز من تمام التسليم فأما أجرة وزان الثمن فلازمة للمشتري لأن وزان الثمن من حقوق التسليم وأما أجرة ناقد الثمن فعلى وجهين:

أحدهما: على المشتري، أيضاً مع أجرة الوزان لأن النقد من كمال التسليم.

والثاني: على البائع لأنه يستظهر بذلك لنفسه. وما اشتري كيلا فلا يتم قبضه بالوزن، وكذا ما اشتري وزنا لا يتم قبضه بالكيل ولو اشترى منه بمكيال فاكتاله بغير جنس ذلك المكيال لم يجز مثل أن يشتري منه مائة صاع من طعام قد اكتاله بالقفيز لم يتم القبض كما لو قبض المكيل بالوزن ولكن لو اشترى منه قفيزاً من طعام فاكتاله منه بالمكيل الذي هو ربع القفيز ففيه وجهان: وكذا لو اكتال الصاع بالمد كان على وجهين فأما المعدود فيقبضه بالعدد والتحويل.

فصل: فأما ما باعه الأب لنفسه على ابنه الصغير بحق ولايته عليه ففي كيفية قبضه وجهان: **أحدهما**: بالنقل والتحويل كما ذكرنا. **والثاني**: بالنية إذا كان تحت قدرته من غير نقل ولا تحويل، إلا أن يكون مكيلاً أو موزوناً فلا بد من كيله أو وزنه، فلو أرسل الأب عبده في حاجة ثم باعه على ابنه الصغير بنفسه فتلف العبد قبل أن يعود من الرسالة بطل البيع وكان تالفاً من مال الأب، وسقط عن الابن الثمن لأنه مبيع تلف في يد بائعه قبل القبض، ولو كان العبد عاد إلى يد الوالد، وجرت عليه قدرته ثم مات كان البيع جائزاً وكان تالفاً من مال الابن وعليه جميع الثمن، ولو عاد إلى يد الوالد بعد بلوغ الابن رشده، ثم مات بطل البيع وكان تالفاً من مال الأب؛ لأن الابن إذا بلغ لم يصح القبض فيما اشترى له إلا بنفسه دون أبيه، وإن كان أبوه قد تولى العقد.

وقال محمد بن الحسن: إذا كان الأب قد تولى العقد في صغر ابنه صح أن يتولى العقد بعد كبر ابنه، وهذا خطأ لأن تولي الأب العقد والقبض عن ابنه إنما يصح لتعذر ذلك من الابن بالصغر فإذا كبر الابن لم يصح ذلك من الأب لإمكان ذلك من الابن بالكبر، فلو كان الأب حين أرسل عبده في حاجة وهبه لابنه الصغير ثم مات الأب قبل أن يرجع إليه العبد

بطلت الهبة وكان العبد ميراثاً بين جميع الورثة لفوات القبض الذي تتم به الهبة، وقال محمد بن الحسن: يكون العبد للابن ولا يفتقد إلى قبض بخلاف البيع وأن البيع مضمون والهبة غير مضمونة ألا ترى أنه لو وهب لابنه الصغير عبداً آبقاً جاز ولو باعه عبداً آبقاً لم يجز، وقال أبو العباس بن سريج: إنما جازت هبة الآبق ولم يجز بيعه لأن الأباق غرر يجوز في الهبة ولا يجوز في البيع.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ وَرِثَ طَعَامًا كَانَ لَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ لأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى غَيْرِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح بيع الميراث قبل قبضه جائز لعلتين.

إحداهما أن تلفه قبل القبض لا يبطل بسبب ملكه وهو الميراث وتلف المبيع قبل قبضه يبطل بسبب ملكه وهو البيع والعلة الثانية أنه مضمون عليه إن تلف قبل قبضه وليس مضمون على غيره.

فصل: فأما بيع الشيء الموصى به فإن كان قبل القبول لم يجز وإن كان بعد القبول وقبل القبض جاز لما ذكرنا من العلتين في الميراث لاستقرار الملك بالقبول.

فصل: القول في بيع الوديعة قبل استرجاعها

وأما بيع الوديعة قبل استرجاعها بالقبض فجائز من المودع وغيره، فما ذكرنا من المعنيين، لكن إن باعها من المودع فهل يعتبر في قبضها النقل والتحويل أم لا على وجهين: .

أحدهما لا يعتبر فيها النقل، لأنها في قبضه **والثاني** أنه لا يصح قبضها إلا بالنقل والتحويل لأنها كانت في قبضه المالك وهو إنما يقبضها لنفسه بالبيع، فأما إذن البائع له في القبض فإن كان قد دفع الثمن لم يحتج إلى إذنه فإن لم يدفع الثمن فلا بد من إذنه والله أعلم.

فصل: القول في بيع العارية قبل استرجاعها

وأما بيع العارية قبل استرجاعها فجائز لعلة واحدة، وذلك أن تلفها قبل القبض لا يبطل سبب الملك ولا يكون ضمانها على المستعير مانعاً من جواز البيع كما لا يكون ضمانها بالسوم مانعاً من جواز البيع، فإن بيعت على غير المستعير كان قبضها موقوفاً على إذن البائع سواء قبض الثمن أم لا يكون الإذن مسقطاً لضمان المستعير فإن قبضها المشتري من المستعير بغير إذن البائع المعير فإن لم يكن الثمن مقبوضاً لم يصح القبض في البيع لعدم الإذن وضمنها المشتري باليد وضمنها المستعير بالدفع وإن كان الثمن مقبوضاً صح القبض في البيع، وهل يسقط ضمانها عن المستعير على وجهين:

أحدهما: لا يسقط عنه ضمانها لأنه دفعها من غير إذن مالكها.

والوجه الثاني: قد سقط عنه الضمان لزوال ملك المعير عنها وحصولها في يد مالكها فلو ابتاعها المستعير صح البيع، وهل يفتقر قبضها إلى النقل والتحويل على ما ذكرنا من الوجهين في الوديعة.

فصل: وأما بيع المغصوب قبل استرجاعه فإن بيع على غاصبه جاز لأنه في قبضته وتحت قدرته، وهل يحتاج في قبضه عن البيع إلى النقل والتحويل على الوجهين، وإن بيع على غير غاصبة فإن لم يكن البائع قادراً على انتزاعه من غاصبه ولا المشتري أيضاً قادر على قبضه فبيعه باطل كالعبد الآبق فتعذر قبضه فإن كان البائع قادراً على انتزاعه صح البيع وعليه انتزاعه من يد غاصبه وإقباضه للمشتري، وإن كان البائع غير قادر على انتزاعه لكن المشتري قادر على أخذه وانتزاعه صح البيع أيضاً فإن انتزاعه ثبت البيع واستقر الملك ولو قال المشتري لست أقدر على انتزاعه لم يبطل البيع لكن يكون المشتري بالخيار في فسخ البيع لأن ذلك عيب فإن ادعى البائع على المشتري أنه قادر على انتزاعه وجب على المشتري الثمن وله الفسخ.

فصل: وأما بيع ما ملك بالصلح قبل قبضه فإن كان صلحاً يجري مجرى الإبراء جاز من المصالح وإن كان في معنى بيع الدين بالعين، لم يجز من غيره لأنه بيع الدين بالدين فإن كان صلحاً يجري مجرى البيع لم يجز بيعه من المصالح ولا غيره كالبيع.

فصل: وأما بيع ما ملك بالخلع والصداق قبل قبضه ففي جوازه وجهان: مخرجان من اختلاف قول الشافعي في تلف ذلك قبل قبضه، هل يوجب الرجوع بقيمته أو بمهر.

فأحد القولين يوجب الرجوع بمهر المثل، فعلى هذا لا يجوز بيعه قبل قبضه كالبيع لأن تلفه يبطل سبب ملكه.

والثاني يوجب الرجوع بقيمته فعلى هذا يجوز بيعه قبل قبضه، لأن سبب ملكه لا يبطل بتلفه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَسْلَمَ فِي طَعَامٍ وَبَاعَ طَعَامًا آخَرَ فَأَحْضَرَ الْمُشْتَرِي مَنِ اكْتَالَهُ مِنْ بَائِعِهِ وَقَالَ أَكْتَالُهُ لَكَ لَمْ يَجُزْ لأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة فقال بعضهم صورتها في رجل أسلم في طعام إلى رجل فلما حلّ الطعام باعه على آخر قبل قبضه فهذا بيع باطل، لرواية الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ».

وَقَالَ آخرون: بل صورتها في رجل أسلم إلى رجل في طعام إلى أجل وأسلم إليه غيره في طعام إلى مثل ذلك الأجل، فحل الطعام الذي له وحلّ الطعام الذي عليه فقال: لمن له عليه الطعام أحضر معي إلى من لي عليه الطعام حتى أكتاله لك منه وأقبضه لم يجز لرواية الحسن أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِي فِيهِ الصَّاعَانِ» وقد رواه ابن سيرين مسنداً عن أنس ومعنى الصاعين صاع البائع وصاع المشتري، ولأنهما عقدان يفتقر كل واحد منهما إلى قبض فلم يجز أن يكون القبض الواحد نايباً عن العقدين فعلى هذا يكون القبض نايباً عما ابتاعه ولا ينوب عما باعه حتى يستأنف كيله عليه فإن تسلمه المشتري منه بذلك الكيل صار من ضمانه وإن كان القبض فاسداً فإن زاد الطعام بالكيل الثاني كانت الزيادة له وإن نقص كان النقصان عليه إن جاز أن يكون مثله بين الكيلين.

مسألة: إجراء الكيلين في السلم

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ قَالَ أَكْتَالُهُ لِنَفْسِي وخده بِالْكَيْلِ الَّذِي حَضَرْتَهُ لَمْ يَجُزْ لأَنَّهُ بَاعَ كَيْلاً فَلاَ يَبْرَأُ حَتَّى يَكِيلَهُ لِمُشْتَرِيهِ وَيَكُونَ لَهُ زِيَادَتُهُ وَعَلَيْهِ نُقْصَانُهُ وَكَذَا رَوَى الْحَسَنُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى تَجْرِي فِيهِ الصِّيعَانُ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل له طعام من سلم وحل عليه طعام من سلم فقال لمن له عليه الطعام أحضر معي عند من لي عليه الطعام حتى أكتاله لنفسي ثم تأخذه بذلك الكيل ففعل لم يجز أن يأخذه بذلك الكيل حتى يستأنف عليه كيله ثانية لأن ذلك الكيل عن عقد أول، فلا بد من استيثاق كيل عن عقد ثان فإن قبضه بذلك الكيل كان قبضاً فاسداً، ويستأنفان كيله فإن زاد فالزيادة لمن عليه الطعام لا يردها على الأول إذا جاز أن يكون مثلها بين الكيلين فإن لم يجز أن يكون مثلها بين الكيلين لكثرتها لزمه ردها على الأول لعلمنا بأنها غلط عليه، وإن نقص فالنقصان عليه ولا يراجع به على الأول إذا كان مثل النقصان محتملاً، وإن كان نقصانها لا يحتمل أن يكون مثله بين الكيلين لم يجز أن يرجع به على الأول لاستيفاء ذلك منه بالكيل فإن كان القابض الثاني حاضراً للكيل لم يقبل من هذا النقصان الذي لا يحتمله الكيلان وإن كان غايباً قبل منه ورجع النقصان، فإن اتهم أحلف فلو كان الطعام الذي قد ابتاعه صاعاً واحداً والطعام الذي قد باعه صاعاً واحداً فاكتال الصاع الذي قد ابتاعه ثم سلمه في صاعه مكيلاً إلى من باعه ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز حتى يفرغه من الصاع ثم يستأنف كيله ثانية كما اكتاله لنفسه.

والوجه الثاني: يجوز إذا سلمه مكيلاً في صاعه لأن المقصود بالكيل معرفة قدره بالمكيال، فإذا كان في المكيال صار مقدار به ولم يلزمه تفريقه واستئناف كيله وهذا أصح.

فصل: فلو حلّ له طعام من سلم وحلّ عليه طعام من سلم فقال لمن له الطعام: أقبض ممن لي عليه الطعام فذلك ضربان:

أحدهما: أن يقول أقبضه لي ثم خذه لنفسك بذلك الكيل فيكون القبض له صحيحاً ولا يجوز أن يأخذه القابض لنفسه بذلك الكيل حتى يستأنف كيله عليه ويكون له زيادته المحتملة وعليه نقصانه المحتمل، ثم هو قبل استيثاق كيله مضمون على قابضه لأنه أخذه لنفسه عن قبض فاسد.

والضرب الثاني: أن يقول أقبض ممن لي عليه الطعام لنفسك فلا يصح أن يكون مقبوضاً لهذا الذي اكتاله لنفسه وهل يصح أن يكون مقبوضاً للأول حتى تبرأ منه ذمة من كان الطعام عليه؟ على وجهين خرجهما ابن أبي هريرة: .

أحدهما: يصح القبض الأول وتبرأ منه ذمة من كان عليه لأنه مقبوض عن إذن مستحقه ويكون القبض الثاني فاسداً.

والوجه الثاني: أن كلا القبضين فاسد لأن القبض لم يكن لمستحقه لكنه مضمون على الآخر لأنه مقبوض عن إذنه ومضمون على قابضه لأنه قد أخذه من حقه أو يستأنفان كيلين كيلاً للأول وكيلاً للثاني فما زاد بالكيل الأول أو نقص ففي حق الدافع وما زاد بالكيل الثاني أو نقص ففي حق الآمر.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَقْبِضُ الَّذِي لَهُ طُعَامٌ مِنْ طَعَامٍ يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِهِ لأَنَّهُ لَا يَكُونُ وَكِيلاً لِنَفْسِهِ مُسْتَوْفِياً لَهَا قَابِضاً مِنْهَا».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة فيمن حل عليه طعام من سلم فدفع إلى من له عليه الطعام دراهم ليشتري بها طعاماً فلا يخلو ذلك من ثلاثة أحوال: .

أحدها: أن يكون دافع الدراهم قد أمره أن يشتري بها طعاماً لنفسه ويقبضه لنفسه أعني لدافع الدراهم ثم يأخذ بالكيل الذي قد اكتاله فهذا الشرط جائز والقبض صحيح للدافع لأنه ابتاع وقبض عن وكالة صحيحة ولا يجوز للوكيل أن يأخذ ذلك الطعام لنفسه بالكيل الأول حتى يستأنف دافع الدراهم كيله عليه فإن أخذه بذلك الكيل صار مضموناً عليه بقبض فاسد.

والحالة الثانية: أن يأمره أن يشتري الطعام لنفسه أعني لدافع الدراهم ويقبضه الوكيل لنفسه بدلاً من طعامه فالشراء جائز أيضاً للدافع الموكل ولا يصح أن يقبضه الوكيل لنفسه وهل يكون ذلك مقبوضاً للدافع الموكل على ما ذكرنا من الوجهين.

والحالة الثالثة: أن يأمره بالشراء ليكون الشراء للوكيل حتى يشتريه لنفسه بدلاً من طعامه فهذا غير جائز لأنه لا يصح أن يشتري شيئاً لنفسه بمال غيره فإذا اشترى الوكيل بتلك

الدراهم طعاماً نظر: فإن كان قد اشتراه بعين المال كان الشراء باطلاً وإن كان قد اشتراه في ذمته ونقد الدراهم في ثمنه كان الشراء صحيحاً وهو ضامن لما نقده من الدراهم في ثمنه وطعامه باق في ذمة دافع الدراهم.

فصل: فلو قال من عليه الطعام لمن له الطعام اختر طعاماً اشتره لك لتأخذه من حقك فاختاره صبرة طعام فاشتراها له لم يلزمه قبولها إن كانت أنقص من حقه ولا يلزم من عليه الطعام أن يعطيه تلك الصبرة بعينها وإن كانت مثل حقه.

فصل: فلو قال من له الطعام لمن عليه الطعام أقضِ على طعامي أن أبيعك إياه فقضاه بهذا الشرط مثل طعامه أو دونه جاز ولم يكن به بأس لأن القضاء ليس بعقد فيفسد بالشرط ولا يلزمه بيعه عليه لأن هذا موعد وعده إياه فلو كان أعطاه خيراً من طعامه لم يجز لأن هذا شرط غير لازم قد أخذ عليه فضلاً وعليه رده والمطالبة بمثل طعامه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ حَلَّ لَهُ عَلَيْهِ طَعَامٌ فَأَحَالَ بِهِ عَلَى رَجُلٍ لَهُ عَلَيْهِ طَعَامٌ أَسْلَفَهُ إِيَّاهُ لَمْ يَجُزْ مِنْ قِبلِ أنَّ أصلَ مَا كَانَ لَهُ بَيْعٌ وَإِحَالَتَهُ بِهِ بَيْعٌ مِنْـهُ لَهُ بِطَعَامٍ عَلَى غَيْرِهِ».

قال الماوردي: وصورتها: في رجل أقرض رجلاً طعاماً وهي معنى قوله أسلفه إياه لأن القرض بلغة الحجاز يسمى سلفاً ثم إن المقرض حمل عليه طعام قد حل من سلم فأحال من له عليه الطعام من سلم على من له عليه الطعام من قرض فهذا باطل لأن الحوالة بيع فكان مستحق الطعام من سلم قد باع طعامه قبل قبضه بما يأخذه بالحوالة من طعام القرض وكذا لو كان كلا الطعامين من سلم هو باطل من الوجهين معاً لأن كل واحد منهما بائع طعامه قبل قبضه ولكن لو كان الطعامان معاً قرضاً كان فيه وجهان من بيع القرض قبل قبضه على غير مقبوضه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَعْطَاهُ طَعَاماً فَصَدَّقَهُ فِي كَيْلِهِ لَمْ يَجُزْ فَإِنْ قَبَضَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ مَعَ يَمِينِهِ فِيْمَا وُجِدَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا حلّ له على رجل طعام من سلم فدفع من عليه الطعام إليه طعاماً وقال هذا مكيل بقدر حقك فقبضه منه وصدقه على كيله كان هذا القبض فاسداً لأن كيله مستحق لاستقرار الملك وقد صار من ضمانه بهذا القبض لأنه قبضه بدلاً من حقه، ولا يجوز له بيعه قبل كيله فإن باعه أو بعضه قبل الكيل كان بيعه باطلاً لأن المبيع إذا لم يتم قبضه، لم يجز بيعه وعليهما استئناف كيله، فإن وجد زائداً ردت الزيادة على صاحب الطعام وإن وجد ناقصاً رجع عليه بالنقصان سواء كان النقصان قليلاً محتملاً أو كثيراً غير

محتمل لأن قابض الطعام لم يحضر كيله فلو استهلك الطعام قبل كيله رجع إلى قوله في قدر ما استهلك وبرىء منه من عليه الطعام لأن قبضه كان من حقه فإن ادعى نقصاناً قبل قوله فيه مع يمينه إن لم يصدق عليه ورجع به على من عليه الطعام.

فصل: فلو كان الطعام من قرض فصدق الدافع في كيله لم يجز لأنه قد يجوز أن يكون صادقاً في كيله فيكون قد استوفى حقه ويحتمل أن يكون كاذباً فلا يكون مستوفياً لحقه وإن باعه قبل كيله ففيه وجهان: .

أحدهما: لا يجوز كما لو كان الطعام مستحقاً عن بيع.

والثاني: يجوز لأن ملك القرض مستقر بخلاف البيع وهذا أصح الوجهين: وقد أشار إليه الشافعي في الأم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ الطَّعَام سَلَفاً جَازَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاء يَداً بِيَدٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا أقرض رجل طعاماً لرجل جاز للمقرض أن يبيع ذلك الطعام على المستقرض قبل قبضه لاستقرار ملك المقرض على ما أقرض بخلاف المبيع الذي لا يستقر ملك المشتري عليه قبل القبض فإن باعه عليه مما يدخله الربا بتلك العلة وجب أن يتقابضا الثمن قبل الافتراق مثل أن يبيعه الطعام الذي أقرضه بشعير أو بذرة، فلا بد من قبضه قبل الافتراق لأجل الربا وإن افترقا قبل القبض كان البيع باطلاً وإن باعه بثوب أو عبد أو بدراهم أو بدنانير ففي جواز افتراقهما قبل القبض وجهان: .

أحدهما: يجوز لانتفاء الربا عنه وهو قول أبي العباس بن سريج.

والثاني: لا يجوز لأنه يصير في معنى بيع الدين بالدين وهو قول أبي إسحاق المروزي فأما إن أراد مقرض الطعام أن يبيعه قبل قبضه على أجنبي غير المستقرض ففي جوازه وجهان: أخرجهما ابن أبي هريرة.

أحدهما: يجوز كما يجوز بيعه على المستقرض.

والثاني: لا يجوز لأنه بيع ما لم يقبض.

فصل. وإذا أقرضه طعاماً بالبصرة ثم رآه ببغداد فطالبه بمثل طعامه ببغداد لم يكن ذلك له، وقيل لك المطالبة بمثل طعامك حيث أقرضته بالبصرة فإن طالبه ببغداد بقيمة الطعام لزم المستقرض أن يدفع إليه ببغداد قدر قيمة الطعام بالبصرة زائداً كان أو ناقصاً ولو أن المستقرض سأل المقرض حيث رآه ببغداد أن يأخذ منه الطعام بما لم يلزم المقرض أن يأخذه هناك لأنه يستحق قبضه بالبصرة ولو قال له خذ مني قيمة الطعام لم يلزمه أخذها لأن

حقه في غيرها، ولو غصب رجل طعاماً بالبصرة واستهلكه ثم رآه مالكه ببغداد فطالبه بطعامه فإن كان الغاصب قد استهلك الطعام بالبصرة لم يكن لرب الطعام مطالبته بمثل مكيلته ببغداد كالقرض. وقيل إما أن تأخذ منه مثل طعامك بالبصرة أو تأخذ منه ببغداد قيمة طعامك بالبصرة، وإن كان الغاصب قد استهلك الطعام ببغداد فعليه أن يدفع إلى مالكه مثل طعامه ببغداد لأن الغاصب يضمن مثل ما غصبه في الموضع الذي قد استهلكه فلو قال صاحب الطعام للغاصب حين رآه ببغداد أريد قيمة الطعام لم يلزم الغاصب ذلك لأن حقه في المثل فلا يصح العدول إلى القيمة إلا بالمراضاة، فلما قال صاحب الطعام للغاصب لست أقبض منك طعامي ببغداد وأريد مثله بالبصرة كان ذلك له لأنه مغصوب منه بالبصرة فيصير مالك الطعام إذا غصب منه بالبصرة واستهلك ببغداد مخيراً بين مطالبة الغاصب بمثل طعامه بالبصرة لأنه موضع غصبه ومن مطالبته بمثل طعامه ببغداد لأنه موضع استهلاكه، ومن هذا الوجه كان الغصب مخالفاً للقرض، فأما إذا أسلم في طعامه بالبصرة ثم رأى من عليه الطعام ببغداد لم يكن له المطالبة بطعامه ببغداد لأنه غير موضع استحقاقه ولا يجوز لهما دفع قيمته لأنه بيع المسلم فيه قبل قبضه.

فصل: وإذا أسلم إلى رجل في طعام فحل الطعام فقال من عليه الطعام لمن له الطعام يعني طعاماً مثل طعامك لأقضيك حقك بثمن حال أو مؤجل فإن عقد البيع على هذا الشرط كان باطلاً وإن لم يكن عن شرط في العقد صح البيع وكان مشتري الطعام بالخيار إن شاء قضاه ذلك الطعام وإن شاء قضاه من غيره.

فصل: ولو أسلم رجل في طعام موصوف فحل فسأله رجل أن يقرضه إياه وأمر السائل أن يتقاضى ذلك الطعام فإذا صار في يده أقرضه إياه جاز. وكان بعد اقتضاء الطعام بالخيار إن شاء أقرضه وإن شاء منعه فإن منعه وكان قد شرط أنه إذا تقاضاه أقرضه كان للمقتضي أجره مثله.

فصل: وإذا باع رجل على رجل طعاماً بدينار ثم إن البائع ابتاع من المشتري بالدينار طعاماً أزيد من طعامه أو أنقص جاز ولم يكره وقال مالك: لا خير في هذا لأنه يصير بائعاً الطعام بطعام إلى أجل، وهذا غير صحيح لأن التبايع بالدينار ألا ترى أن الطعام الثاني لو استحق وجب الرجوع بالدينار لا بالطعام والله تعالى أعلم.

بَابُ بَيْعِ الْمُصَرَّاةِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ أَبي الزِّنَادِ عَنِ الأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لاَ تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالْغَنَمَ لِلْبَيْعِ فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ» (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَالتَّصْرِيَةُ أَنْ تَرْبِطَ أَخْلاَفَ النَّاقَةِ أَوِ الشَّاةِ ثُمَّ تَتْرُكَ مِنَ الْحِلاَبِ الْيَوْمَ وَالْيَوْمَيْنِ وَالثَّلاَثَة حَتَّى يَجْتَمِعَ لَهَا لَبَنٌ فَيَرَاهُ مُشْتَرِيهَا كَثِيراً فَيَزِيدَ فِي ثَمَنِهَا لِذَلِكَ ثُمَّ إِذَا حَلَبَهَا بَعْدَ تِلْكَ الْحَلْبَةِ حَلْبَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ عَرَفَ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِلَبَنِهَا لِنُقْصَانِهِ كُلَّ يَوْمٍ عَنْ أَوَّلِهِ وَهَذَا غُرُورٌ لِلْمُشْتَرِي وَالْعِلْمُ يُحِيطُ أَنَّ أَلْبَانَ الإِبِلِ وَالْغَنَمِ مُخْتَلِفَةٌ فِي الْكَثْرَةِ وَالأَثْمَانِ فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ بَدَلَهَا ثَمَناً وَاحِداً صَاعاً مِنْ تَمْرٍ».

قال الماوردي: أما التصرية فهي الجمع، يقال صريت الماء في الحوض، إذا جمعته قال الأغلب:

رُبَّ غُلاَمٍ قَدْ صَرَى فِي فِقْرَتِهْ ... مَاءَ الشَّبَابِ عُنْفُوَانَ سَنْبَتِهْ[1]

ولذلك سميت الصرة لأنها تجمع ما فيها قال الشاعر:

إِنَّا صَرَيْنَا حُبَّ لَيْلَى فَانْبَتَر ... وَغَرَّنَا مِنْهُ وَكَانَ مِنْ شَعَرْ

فقيل شاة مصراة لأن اللبن قد صرى في ضرعها أي جمع ويقال محفلة أيضاً وهي لغة أهل العراق مأخوذة من قولهم قد احتفل القوم إذا اجتمعوا، وهذا محفل من الناس أي جمع، فالتصرية غش وخداع للمشتري، وإذا اشترى الرجل شاة فحلبها فبانت مصراة كانت عيباً وله الرد وهو قول الصحابة والتابعين والفقهاء.

إلا أبا حنيفة ومحمد فإنهما خالفا الكافة وقالا لا رد له فمن أصحابهما من قال هي عيب لكن حلاب اللبن نقص يمنع من الرد بالعيب واستدلالاهم فيه من وجهين:

أحدهما: دفع الخبر المعمول عليه في التصرية بوجوه نذكرها من بعد.

---

(١) البيت للأغلب العجلي كما ذكر المصنف ـ رحمه الله ـ وهو في اللسان م [صري].

والثاني: أن الاستدلال بالمعنى في أن التصرية ليست بعيب وذلك بوجهين:

أحدهما: أن كبر الضرع بالتصرية وظن المشتري أن لبن العادة يجري مجرى كبيرة اللحم والسمن وظن المشتري أنه لكثرة اللبن فلما لم يكن هذا عيباً يوجب الرد لم تكن التصرية عيباً توجب الرد كما لو كان الجوف ملياً بالعلف فظن المشتري أنه حمل.

والثاني: أن كبر الضرع بالتصرية لو كان عيباً إذا شاهده المشتري لكان عيباً وإن لم يشاهده كسائر العيوب فلما لم يكن عيباً مع فقد المشاهدة لم يكن عيباً مع المشاهدة.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه ورود السنة من ثلاثة طرق عن أبي هريرة وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم. فأما حديث أبي هريرة فوارد من طريقين أحدهما رواه الشافعي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لَا تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالْغَنَمَ لِلْبَيْعِ فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ».

والثاني: رواه الشافعي عن سفيان عن أيوب عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً أَوْ مُحْفَلَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ».

وأما حديث ابن مسعود فرواه الشافعي عن يحيى بن سعيد، عن سليمان التيمي عن أبي عثمان النهدي عن عبدالله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنِ اشْتَرَى مُحْفَلَةً فَلْيَحْلِبْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً فَإِنْ رَضِيَ أَمْسَكَ وَإِلَّا فَإِنْ رَدَّهَا يَرُدُّ مَعَهَا صَاعاً»[(١)].

وأما حديث ابن عمر فرواه أبو داود عن أبو كامل عن عبدالواحد عن صدقة بن سعيد عن جميع بن عمير عن عبدالله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ بَاعَ مُحْفَلَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَيْ لَبَنِهَا قَمْحاً»[(٢)]. فدلت هذه الأخبار كلها على أن التصرية عيب يوجب الرد من ثلاثة أوجه:

أحدها: نهيه عن التصرية للبيع وذلك يقتضي أن التصرية تدليس وعيب.

والثاني: أنه جعله بخير النظرين في الرد والإمساك والرد إنما يكون بعيب.

والثالث: أنه أوجب بدلاً من لبن التصرية رد صاع من تمر فاقتضى أن يكون لبن

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٤٢٣ في البيوع حديث (٢١٤٩) والبيهقي ٥/٣١٩ وأبو نعيم في تاريخ أصفهان ١/١٤٥.

(٢) أخرجه أبو داود ٢/٢٩٢ في البيوع حديث (٣٤٤٦) وأخرجه ابن ماجة حديث (٢٢٤٠) والبيهقي ٥/٣١٩.

التصرية قد تناوله العقد وحصل له من الثمن قسط يستحق بنقصه الرد وقد يتحرر من هذه الأدلة قياس فيقال لأنه تدليس يختلف به الثمن فاقتضى أن يستحق به الرد كتسويد الشعر.

فأما دفعهم للخبر في المنع من الاستدلال به فمن وجهين:

أحدهما: قدح فيه.

والثاني: استعمال له فأما قدحهم فيه، فلأنه خبر واحد قد خالف الأصول من خمسة أوجه:

أحدها: أنه أوجب غرم اللبن مع إمكان رده.

والثاني: أنه أوجب غرم قيمته ووجوب مثله.

والثالث: أنه جعل القيمة تمراً وهي إنما تكون ذهباً أو ورقاً.

والرابع: أنه جعلها مقدرة لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص بنقصانه، ومن حكم القيمة أن تختلف باختلاف المقوم في الزيادة والنقصان.

والخامس: أنه جعل له الرد مع ما حدث في يد المشتري من النقص، قالوا: فلما كان خبر التصرية مخالفاً للأصول من هذه الأوجه الخمسة وجب العدول عنه إلى ما اقتضته الأصول، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَا جَاءَكُمْ عَنِّي فَأَعْرِضُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَإِنْ وَافَقَهُ فَخُذُوا بِهِ وَإِنْ خَالَفَهُ فاتْرُكوهُ»[1].

وأما استعمالهم له فهو أن يحمل على أن البائع والمشتري شرطا في عقد البيع أن الشاة تحلب في كل يوم عشرة أرطال فيكون هذا شرطاً يفسد البيع فإن اتفقا على رد هذا الشرط وإبطاله في مدة الثلاث صح البيع وإن لم يبطلاه حتى مضت الثلاث بطل البيع فهذه جملة عولوا عليها في دفعنا عن الاستدلال بالخبر وهذه جملة فاسدة ولا يجوز أن تدفع سنة ثابتة، أما قولهم أنه خبر واحد فيقال هذا خبر قد رواه جماعة منهم أبي هريرة وابن مسعود وابن عمر وتلقاه الباقون بالقبول وانتشر العمل به في الصحابة انتشاراً واسعاً صار كالإجماع عليه فصار بأخبار التواتر أشبه، على أن أخبار الآحاد إذا وردت مورداً صحيحاً لم يمنع الشرع من العمل بها، وأما قولهم إنه مخالف للأصول ففيها جوابان:

أحدهما: أن ما ورد في التصرية فهو أصل بذاته لا تعتبر فيه موافقة الأصول كالدية على العاقلة والغرة في الجنين وإنما يبطل القياس لمخالفة الأصول.

فأما التصرية فلا ولو جاز أن يكون هذا باطلاً لمخالفة الأصول مع كونه أصلاً لجاز أن تكون تلك الأصول باطلة بهذا الأصل وإذا صح قلب هذا الأصل، وهذا القول كان مطرحاً

---

(١) موضوع أخرجه الربيع بن حبيب في مسنده ١/١٣.

ولزم اعتبار كل أصل بذاته ثم يقال لهم كيف استخرتم استعمال الخبر في القهقهة والنبيذ مع مخالفتهما الأصول، وامتنعتم من هذا فإن قالوا لورود الرواية قبل فكذلك التصرية، فأما قوله ﷺ: «مَا جَاءَكُمْ عَنِّي فَاعْرِضُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى» فمعناه ما لم يكن في كتاب الله نص يدفعه فخذوا به ألا ترى إلى ما روي عنه ﷺ أنه قال: «لَا أُلْفِيَنَّ أَحَدَكُمْ مُتَّكِئاً عَلَى أَرِيكَتِهِ يَأْتِيهِ الأَمْرُ مِنْ أَمْرِي مِمَّا أَمَرْتُ بِهِ أَوْ نَهَيْتُ عَنْهُ فَيَقُولُ لَا أَدْرِي مَا وَجَدْنَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى اتَّبَعْنَاهُ»(١)، هذا مع قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ [الحشر: ٧].

والجواب الثاني: أن خبر التصرية غير مخالف للأصول من الأوجه التي ذكروها بل في الأصول ما يشهد له ويعاضده.

أما قولهم إن غرم القيمة مع إمكان الرد لا يجوز فالرد في لبن التصرية غير ممكن من وجهين:

أحدهما: نقص قيمته بعد الحلب وذهاب كثير من منافعه بطول المكث، **والثاني**: أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث في الضرع بعده على ملك المشتري فلم يكن رده مع الجهل بما خالطه، وأما قولهم إنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله وجعله مقدراً مع اختلاف قدره في الضرع، فالجواب ان ما كان مجهول القدر مجهول الوصف جاز الرجوع فيه إلى بدل مقدر بالشرع من غير مثل ولا تقوم كالغرة في الجنين يستوي فيها الذكر والأنثى وإن اختلفت دياتهما وما قدره الشرع في الشجاج كالموضحة التي تستوي دية ما صغر منها وما كبر.

وأما قولهم إن فيه عدولا عن التقويم إلى الثمن فليس بمنكر أن يرد الشرع في القيمة بما يخالف جنس الأثمان كما جاء الشرع في الديات بالإبل وفي جزاء الصيد بالغنم وفي الجنين بالغرة.

وأما قولهم إنه يوجب الرد مع ما حدث في يد المشتري من النقص ففيه جوابان:

أحدهما: أن النقص حادث في اللبن دون الشاة وهو إنما يرد الشاة دون اللبن.

والثاني: أن النقص الحادث الذي لا يوصل إلى معرفة العيب إلا بدلاً يمنع من الرد كالذي يكون مأكوله في جوفه إذا كر.

وأما استعمالهم الحديث على ما ذكروه من الشرط فغلط من أربعة أوجه:

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٨/٦ وأبو داود ١٢/٥ في كتاب السنّة (٤٦٠٥) والترمذي ٣٧/٥ في كتاب العلم حديث (٢٢٦٣) وقال: حسن صحيح وابن ماجة ٦/١ في المقدمة حديث (١٣) والحاكم وصححه ١٠٨/١.

أحدها: أن نهيه عن التصرية لا يقتضيه.

والثاني: أنه جعل الرد للمشتري وحده ولو كان للشرط كان لهما.

والثالث: أنه جعل الرضا موجباً للإمضاء والسخط موجباً للرد ولم يجعله معلقاً بإسقاط الشرط.

والرابع: أنه أوجب فيه رد صاع من تمر وإسقاط الشرط لا يوجب رد صاع من تمر.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن هذا ظن من المشتري كما لو ظن سمن ضرعها لبناً وانتفاخ جوفها حملاً، فهو أن سمن الضرع ليس بتدليس منه فلم يكن عيباً، والتصرية تدليس منه فكانت عيباً وأما انتفاخ جوفها بالعلف فهو وإن كان من فعله فهو مندوب إلى إكثار علفها وغير منهي عنه، فلم يكن تدليساً. والتصرية منهي عنها فكانت تدليساً فكذا لو ابتاع غلاماً قد أخذ دواة وأقلاماً وسوّد يده ليوهم المشتري أنه كاتب فكان غير كاتب فليس هذا عيباً يستحق به المشتري الرد لأنه قد كان يمكنه اختباره قبل الشراء ولكون ذلك منه محتملاً لأنه يجوز أن يكون كاتباً ويجوز أن يكون غلاماً لكاتب.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لو كان عيباً مع الرؤيا لكان عيباً مع فقد الرؤيا كسائر العيوب فهو أننا نقول إنه عيب مع الرؤيا وفقد الرؤيا كسائر العيوب.

فصل: فإذا ثبت أن التصرية عيب لا يوجب الرد فلا يخلو حال المشتري عند العقد من أحد أمرين: إما أن يكون عالماً بالتصرية أو غير عالم فإن كان غير عالم بالتصرية فله الرد إذا علم التصرية إلى ثلاثة أيام لقوله ﷺ: «فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا ثَلاثًا». واختلف أصحابنا في هذا الخيار على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي حامد المروزي أنه خيار شرع لأنه يمتد بعد العلم بالعيب إلى ثلاثة أيام ولو كان خيار عيب لكان على الفور.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه خيار عيب؛ لأنه موضوع الكشف والتدليس بالتصرية لا يعلم قبل مضي ثلاثة أيام لأنه إذا حلبها في اليوم الأول لم يعلم بالتصرية لجواز أن يكون لبنها في كل يوم مثله فإذا حلبها الحلبة الثانية في اليوم الثاني فرآه ناقصاً جاز أن يكون نقصه لأنها مصراة وجاز أن يكون نقصه لقلة إمكان أو تغيير مكان فإذا حلبها الثالثة في اليوم الثالث فكان ناقصاً عن اليوم الأول، يتيقن حينئذ أنها مصراة فلو لم يعلم بالتصرية حتى مضت ثلاثة أيام ثم علم فعلى الوجه الأول لا ردّ له لأنه قد تقدر بالشرع وقلنا فلم يجز أن يثبت بعد ثلاث وعلى الوجه الثاني له الرد كما لو علم بغيره من العيوب بعد ثلاث، وأما إن كان عالماً بالتصرية عند العقد فهل يثبت له خيار الرد أم لا على وجهين:

أحدهما: له الخيار في الرد وهذا قول من زعم أنه خيار شرع. **والثاني**: لا خيار له في الرد وهذا قول من زعم أنه خيار عيب.

فصل: فإذا رد بالتصرية على ما ذكرنا فعليه أن يرد معها بدلا من لبن التصرية صاعاً، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي إسحاق المروزي وطائفة: أن يرد معها صاعاً من تمر ولا يجوز أن يعدل إلى غيره من الأقوات، لقوله ﷺ: «صَاعَاً مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ» فعلى هذا لو أعوز التمر أعطي قيمته وفي محل قيمته وجهان:

أحدهما: قيمته في أقرب بلاد التمر منه **والثاني** قيمته بالمدينة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن يعطي صاعاً من أي الأقوات المزكاة تمراً أو زبيباً أو شعيراً لأن النبي ﷺ قال في خبر أبي هريرة «صَاعَاً مِنْ تَمْرٍ»، وقال: في خبر ابن عمر إِعْطَاءُ مِثْلِ أَوْ مِثْلَي لَبَنِهَا قَمْحَاً، فعلم أنه على وجه التخيير، وقوله مِثْلَيْ لَبَنِهَا قَمْحَاً لأنه في الغالب يكون صاعاً لأن الغالب في الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع.

والوجه الثالث: وهو قول أبي سعيد الاصطخري: انه يعطي صاعاً من غالب قوت بلده، اعتباراً بزكاة الفطر.

فصل: فلو اشترى شاة بصاع، ثم أراد ردها بالتصرية ففي قدر ما يرد معها وجهان:

أحدهما: أن يردها ويرد معها صاعاً من تمر إن شاء لأن الشرع قد قدر لبن التصرية بصاع فلا اعتبار بزيادة الثمن ونقصه، كما لا اعتبار بقلة اللبن وكثرته.

والوجه الثاني: أنه يرد من الصاع بقدر نقص التصرية من الثمن، لأن المبتغى من الرد استدراك النقص فعلى هذا تقوم الشاة لو لم تكن مصراة فإذا قيل عشرة دراهم قومت وهي مصراة، فإذا قيل ثمانية دراهم، علم أن نقص التصرية هي الخمس فيرد المشتري معها خمس الصاع الذي اشتراها به.

فصل: فلو كان لبن التصرية بعد حلبه باقياً وأراد المشتري أن يرده معها لم يلزم البائع قبوله لنقصه بالحلب وبغيره ولو طلبه البائع لم يلزم المشتري دفعه لما حدث في الضرع من زيادة اللبن قبل الحلب ووجب رد بدله صاعاً إلا أن يتفقا على رد اللبن فيجوز.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكَذَلِكَ الْبَقَرُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وحكم التصرية في الإبل والبقر والغنم سواء لأن التصرية في الإبل والغنم دليل على أن ما بينهما لاحق بهما ولأن البقر من جملة النعم التي تقصد ألبانها وأن هذه الثلاثة إن ردها بالتصرية رد معها صاعاً بدلا من لبن التصرية فأما

التصرية في غير الإبل والبقر والغنم فهل يكون عيباً يوجب الرد على وجهين:

أحدهما: وهو قول البصريين أنه ليس بعيب لأن الألبان لا يقصد غالباً إلا من النعم فلم يكن نقص اللبن فيما عدا الإبل والبقر والغنم عيباً.

والوجه الثاني: وهو قول البغداديين أن التصرية في كل الحيوان عيب لأن في كثرة ألبانها نفعاً وغرضاً، فكان نقصه عيباً كالنقص في ألبان الإبل والبقر والغنم فعلى هذا الوجه لو اشترى أمة فبانت مصراة، فأراد ردّها بالتصرية فهل يلزمه أن يرد معها صاعاً من تمر بدلاً من لبن التصرية على وجهين:

أحدهما: يرد معها صاعاً من تمر لعموم الخبر.

والثاني: لا يلزمه ذلك لأن ألبان الإماء غير مقصودة بل الحضانة مقصودة واللبن تبع.

وكذلك الحكم في إناث الخيل، فأما إناث الحمير فقد اختلف أصحابنا في ألبانها، فمذهب جمهورهم أنها نجسة فعلى هذا إذا ردها بالتصرية لم يلزمه رد صاع معها لأنه لا عوض لألبانها.

وقال أبو سعيد الاصطخري: هي طاهرة يجوز شربها، فعلى هذا إذا ردها بالتصرية، فهل يرد معها صاعاً من تمر على وجهين كالإماء وإناث الخيل.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ كَانَ رَضِيَهَا الْمُشْتَرِي وَحَلَبَهَا زَمَاناً ثُمَّ أَصَابَ بِهَا عَيْباً غَيْرَ التَّصْرِيَةِ فَلَهُ رَدُّهَا بِالْعَيْبِ وَيَرُدُّ مَعَهَا صَاعاً مِنْ تَمْرٍ ثَمَناً لِلَبَنِ التَّصْرِيَةِ وَلاَ يَرُدُّ اللَّبَنَ الْحَادِثَ فِي مِلْكِهِ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ».

قال الماوردي: وصورتها في رجل اشترى شاة مصراة فرضي بالتصرية ثم وجد بها عيباً غير التصرية فله الخيار في ردها بالعيب الآخر لأن من رضي بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضا بما علم من الرد بما لم يعلم فإذا كان كذلك لم تخل حال علمه بالتصرية ورضاه بها من أحد أمرين:

إما أن تكون مع العقد أو بعده فإن كان بعد العقد علم بالتصرية ورضي بها ثم وقف على عيب آخر، فله أن يردها بالعيب الآخر ولا يختلف أصحابنا فيه فإذا ردها بالعيب الآخر ردّ معها صاعاً من تمر بدلاً من لبن التصرية لأنه قد كان معقوداً عليه ولا يرد عن اللبن الحادث في يده عوضاً لأنه حدث في ملكه وبعد ضمانه وقد قضى رسول الله ﷺ أَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَان. ، أما إن كان عالماً بالتصرية ورضاه بها مع العقد ثم وقف على عيب آخر ففي جواز ردها به وجهان أخرجهما ابن أبي هريرة من اختلاف قوليه في تقرير الصفقة أحدهما يردها بالعيب ويرد معها صاعاً من تمر بدلاً من لبن التصرية على قول من يجيز تفريق الصفقة.

والثاني: لا يردها بهذا العيب ويرجع بأرشه على قول من يمنع من تفريق الصفقة، فلا يلزم من تفريق بعض الصفقة من فسخ بعضها لما فيه من تفريقها وليس كذلك حكم الرضا بعد العقد لأن الصفقة لم تكن قد أوجبت لزوم النقص.

فصل: فلم اشترى شاة غير مصراة فكان في ضرعها لبن فحلبه ثم وجد بها عيباً جاز أن يردها به، لا يختلف أصحابنا فيه لأن ما كان في الضرع غير مقصود إذا لم يكن لبن التصرية، وعليه إذا ردها بالعيب أن يرد معها قيمة ذلك اللبن لأنه يأخذ قسطاً من الثمن ولا يلزمه رد صاع لأن الصاع عوض عن لبن التصرية وليست هذه مصراة، فإن اتفقا عل قدره وإلا فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه غارم، والله أعلم بالصواب.

بَابُ الرَّدِّ بالْعَيْبِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَـرَنِي مَنْ لاَ أَتَّهِمُ عَنْ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ عَنْ مُخَلَّدِ بْنِ خَفَافٍ أَنَّهُ ابْتَاعَ غُلاَمَاً فَاسْتَغَلَّهُ ثُمَّ أَصَابَ بِهِ عَيْبَاً فَقَضَى لَهُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَـزِيزِ بِـرَدِّهِ وَغَلَّتِهِ فَأَخْبَرَ عُرْوَةُ عُمَرَ عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي مِثْلِ هَـذَا أَنَّ الْخِرَاجَ بِـالضَّمَانِ فَـرَدَّ عُمَرُ قَضَاءَهُ وَقَضَى لِمُخَلَّدِ بْنِ خَفَافٍ بِرَدِّ الْخَرَاجِ (قال الشافعي) فَبِهَذَا نَـأْخُذُ فَمَـا حَدَثَ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي مِنْ غَلَّةٍ وَنِتَاجِ مَاشِيَةٍ وَوَلَدِ أَمَةٍ فَكُلُّهُ فِي مَعْنَى الْغَلَّةِ لاَ يَرُدُّ مِنْهَا شَيْئَاً وَيَرُدُّ الَّذِي ابْتَاعَهُ وَحْدَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ نَاقِصَاً عَمَّا أَخَذَهُ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

أما قوله: أخبرني من لا أتهم فقد قيل إنـه إبراهيم بن أبي يحيى وقيـل: هو من عـرف ثقته وتسمى اسمه، وقيل: بل هم جمـاعة لم يجب أن يخص أحـدهم بالـذكر فكنى عنهم، فـإذا ابتاع رجـل شيئاً فـاستعمله ثم وجده معيبـاً فأراد رده فـإن كانت الغلة منـافـع كـالسكنى والاستخدام والركوب لم يمنع ذلك من الرد بالعيب والمنافع له وإن كانت الغلة أعياناً كالنتاج والثمار فمذهبنا أنه يرد الأصل بعينه ويمسك ما حدث بيده من النتاج والثمار لنفسه.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز له الرد لأجل ما حدث بيده من الثمـار ويرجـع بالأرش وقـال مالك: يرد الأصل ويرد معه من النمـاء ما كـان من جنسه كـالنتاج ولا يـرد ما ليس من جنســه كالثمار.

واستدل أبو حنيفة على ذلك بـأن الرد بـالعيب يرفـع العقد من أصله لأنـه يكون جبـراً بخلاف الإقالة ولا يكون قطعاً للملك في الحال بدليل أن لا تجب فيه الشفعـة، ورفع العقـد من أصله يوجب رد النماء فلما أجمعنا على أنه لا يلزمه رد النماء دلّ على أنه لا يجوز له الرد وقد جمعوا بين النماء المنفصل والنماء المتصل فقالوا: لأنه نماء من نفس المبيع فلم يكن له رده دون النماء كالكبر والسمن، قالوا: ولأن الولد قبل انفصاله بمنـزلة أعضـائها، بـدليل أنـه يعتق بعتقها فانفصاله عنها يمنع من الرد كانفصال بعض أعضائها.

وأما مالك فاستدل على أنه يرد النتاج ولا يـرد الثمرة، فـإن النتاج من أجـزاء الأم، فلم يجز أن يردها إلا ببعض أجزائها وليست الثمرة من أجـزاء النخلة فجاز أن يـردها دون ثمـرتها

والدلالة عليها ما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الْخِرَاجَ بِالضَّمَانِ، والخراج اسم لما خرج من الشيء من عين ومنفعة وهذا القول مع بقاء الشيء على ملك المشتري غير معتبر لأنه معلوم بالاتفاق، وإنما المقصود به مع الرد بالعيب ولأنها فائدة حدثت في ملك المشتري فوجب أن لا يمنع من الرد بالعيب قياساً على كسب العبد ولأن الفسخ بالعيب قطع للعقد من حين الرد وليس رفع له من الأصل لأمرين:

أحدهما: أن الفسخ قد يكون بالإقالة كما يكون بالعيب، ثم كان الفسخ بالإقالة قطعاً للملك ولم يكن رفعاً له وجب أن يكون الفسخ بالعيب مثله.

والثاني: أن الفسخ بالعيب لو كان رفعاً للعقد من أصله لأبطل حق الشفيع فلما لم يبطل حق الشفيع بالفسخ بالعيب، دل على أن الفسخ بالعيب قطع للعقد من حين الرد وليس برافع من الأصل، فإذا ثبت بهذين أن الفسخ لا يرفع العقد من أصله ثبت أن المشتري يملك النماء الحادث في ملكه ولا يمنعه ذلك من فسخ عقده كالإقالة.

وأما الجواب عن قوله إن الرد بالعيب رافع للعقد بدليل أن الشفعة لا تجب فيه فهو أنه فاسد بالإقالة ولا تجب فيه الشفعة وليس برافع للعقد.

وأما قياسه على الكبر والسمن فيغلب عليه، فنقول: لأنه نماء من نفس المبيع فلم يمنع من الرد بالعيب كالطول والسمن ثم يقال المعنى في الطول والسمن اتصاله وفي النتاج انفصاله.

وأما قوله إن انفصال الولد كانفصال بعض الأعضاء فالمعنى في انفصال بعض الأعضاء أنها عيب يوكس الثمن فمنعت من الرد بالعيب وانفصال الولد ليس بعيب يوكس الثمن فلم يمنع من الرد بالعيب.

وأما مالك في استدلاله بأن النتاج من أجزاء أصله بخلاف الثمرة فعكسه لازم لأن النتاج منفصل والثمرة متصلة، فلو جاز رد أحدهما دون الآخر لكان رد المتصل من الثمار أولى من رد المنفصل من النتاج وهذا دليل على فساد تعليله ووهاء أصله.

فصل: فإذا ثبت أن جميع ما حدث بيد المشتري من النماء المنفصل لا يلزمه رده، وكان قد اشترى شاة حاملاً فوضعت عنده ثم وجد بها عيباً أراد ردها به، فإن كانت الولادة قد نقصتها لم يكن له الرد ورجع بالأرش وإن لم تنقصها الولادة ردها بالعيب، وأما الولد فإن قيل إن الحمل يأخذ قسطاً من الثمن رده معها لأن العقد قد كان تناولهما وإن قيل إن الحمل بيع ففيه وجهان: **أحدهما**: يكون للمشتري لا يلزمه رده معها لأنه بعد الانفصال لا يكون تبعاً **والوجه الثاني**: يرده مع الأم لأنه من جملتها حين كان العقد عليها، ألا ترى لو كان عليها صوف حين اشتراها فجزه ثم ردها بعيب كان عليه رد ما جز من صوفها، فلو كان قد اشترى

شاة حايلاً فحملت عنده ثم وجد بها عيباً أراد أن يردها به. فإن كان الحمل موكساً في ثمنها أو مخوفاً عليها في ولادتها لم يكن له الرد ورجع بالأرش وإن لم يوكسها في ثمنها ولم يكن مخوفاً عليها في ولادتها لم يكن له الرد ورجع بالأرش وإن لم توكس في ثمنها ولم يكن مخوفاً عليها في ولادتها ردها حاملاً، فإذا وضعت ولدها فإن قيل إن الحمل يكون تبعاً كان الولد للبائع ولا يرجع به على المشتري، فإن قيل إن الحمل يأخذ قسطاً من الثمن فعلى وجهين:

أحدهما: أن البائع لا يرجع به على المشتري أيضاً لاتصاله بالأم عند الرد.

والوجه الثاني: وهو أقيس أن للمشتري أن يرجع به على البائع، لحدوثه في ملكه وغيره في حكمه.

وعلى هذا الوجه لو كان المشتري حبس الشاة المعيبة حتى تضع حملها لم يمنعه ذلك من الرد بالعيب لأنه حبسها لأخذ ملكه منها وعلى الوجه الأول يمنعه ذلك من الرد بالعيب لأنه حبسها ولا ملك له فيها، والله أعلم.

فرع: ذكر المزني في مسائله المنثورة أن رجلاً لو اشترى غنماً بعشرة أقساط من لبن وصوف إلى أجل معلوم، فلم يتقاضاها حتى احتلب البائع منها عشرة أقساط من لبن، ثم ماتت الغنم أن البيع يبطل ويسقط الثمن من ذمة المشتري ويأخذ من البائع ما احتلبت من اللبن وهذا صحيح لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ويوجب سقوط الثمن ولا يمنع من ملك النماء والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً ثَيِّباً فَوَطِئَهَا فَالْوَطْءُ أَقَلُّ مِنَ الْخِدْمَةِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال وطء المشتري للأمة الثيّب لا يمنعه من ردها بالعيب ولا مهر عليه وهو قول زيد بن ثابت.

وقال أبو حنيفة وطؤه مانع من الرد بالعيب ويرجع بالأرش.

وقد روي نحوه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقال ابن أبي ليلى: يردها ويرد معها عقرها وهو المهر وروي بنحوه عن عمر رضي الله عنه قال: وَعَقْرُهَا إِنْ كَانَتْ بِكْراً عُشْرُ قِيمَتِهَا وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّباً نِصْفُ الْعُشْرِ» واستدل من جعل الوطء مانعاً من الرد بالعيب بأنه وطء ويكمل به المهر فوجب أن يكون حدوثه من المشتري مانعاً من الرد بالعيب قياساً على وطء البكر قالوا: ولأن الوطء كالجناية لأمرين:

أحدهما: أنه لا يستباح بالإباحة.

والثاني: أنه لا ينفك من وجوب ماله أو وجوب حق في بدن يسقط بالشبهة.

فإذا ثبت بهذين أنـه كالجناية وجب أن يكون مانعاً من الرد كالعيب كالجناية.

والـدلالة على أن لا يمنـع من الرد بـالعيب أن الوطء أقـل من الخدمـة لأن الـوطء يلذ ويطرب والخدمة تكدر وتعب فلما جاز له الرد مـع ما أَكَـدَّ وَأَتْعَبَ فأولى أن يجـوز مع مـا أَلَذَّ وَأَطْرَبَ وقد يتحرر هذا الاستدلال قياساً فيقال لأنه معنى لم يؤثر في العين والقيمـة فوجب أن لا يمنع من الرد كـالخدمـة ولأن وطء الأجنبي بالـزنا كـرهاً أغلظ من وطء المشتـري بالملك طوعاً فلما كان زنا الأجنبي بها لا يمنع من الرد بالعيب فوطء المشتري أحرى أن لا يمنـع من الرد بالعيب وتحريره أنه استمتاع لم يتضمن أتلافاً فـوجب أن لا يمنع من الـرد بالعيب قيـاساً على الأجنبي ولأنهـا أولى لو كـانت ذات زوج لم يكن وطء الزوج مـانعاً للمشتـري من الـرد فوطء المشتري أولى أن لا يمنعه من الرد كالزوج وتحريره قياساً أنه وطء لو كـان حرامـاً، لم يمنع من الرد فأولى إذا كان حلالاً أن لا يمنع من الرد كالـزوج ولأن كل معنى لـو حدث عنـد البائع بعد العقد وقبـل القبض لم يثبت للمشتري الفسـخ وجب إذا كان عنـد المشتري أن لا يمنعه من الرد كالقبلة.

وقـد ثبت أنها لـو وطأت في يـد البائـع بشبهة لم يكن ذلـك عيباً يستحق بـه المشتري الفسخ فكذلك إذا وطئها المشتري لم يكن ذلك عيباً يمنعه من الرد.

فأما الجواب عن قياسهم على وطء البكر فالمعنى فيه أنه نقص يـوكس من ثمنها وليس كذلك الثيب.

وأما الجواب عن قولهم أن الوطء كالجناية فغلط من وجهين:

أحدهما: أن الجناية نقص يوكس القيمة وليس كذلك الوطء.

والثاني: أن الجناية لما لم يختلف حكمها في وجودهـا من المشتري وغيـره في المنع من الـرد بالعيب واختلف عنـدهم وطء المشتري وغيـره في المنع من الـرد بـالعيب دلَّ على اختلاف حكمها والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَتْ بِكْراً فَافْتَضَّهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا نَاقِصَةً كَمَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يَقْبَلَهَا نَاقِصَةً وَيَرْجِعَ بِمَا بَيْنَ قِيمَتِهَا مَعِيبَةً وَصَحِيحَةٍ مِنَ الثَّمَنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا كانت الجارية المعيبة بكراً فافتضها المشتري وأذهب بكارتها ثم وجدها معيبة فأراد ردها لم يكن ذلك له لأن إذهاب البكارة نقص فيها من وجهين:

أحدهما: في البدن.

والثاني: في الثمن، وإذا لم يكن له الرد كان لـه الرجـوع بالأرش ليصيـر إلى بدل مـا ظهر عليه من النقص واعتبار الأرش أن تقوم الجارية وهي لا عيب بها في أول حالتهـا فيه من

وقت العقد إلى وقت القبض لأنه إن حدث بها بعد العقد وقبل القبض نقص كان مضموناً على البائع وإن حدث زيادة كانت ملكاً للمشتري ولذلك وجب تقويمها في أول الحالين قيمة فإذا قيل قيمتها في تلك الحال بكراً لا عيب بها مائة دينار قومت بكراً وبها ذلك العيب فإذا قيل قيمتها تسعون ديناراً كان ما بين القيمتين من النقص عشرة دنانير وهي عشر القيمة فيرجع المشتري على البائع بعشر الثمن ولا يرجع بعشر القيمة لأمرين.

أحدهما: ان الثمن وما زاد على القيمة أو نقص فلو كان الأرش معتبراً من القيمة لكان ربما استوعب الثمن إن كان ناقصاً أو لم يؤثر فيه إن كان زائداً.

والثاني: أنه لما كان جميع المبيع في مقابلة جميع الثمن وجب أن تكون أجزاؤه الناقصة في مقابلة أجزاء الثمن، فإذا كان كذلك نظر قدر الثمن فإن كان خمسين ديناراً رجع المشتري بعشرها وذلك خمسة دنانير، وإن كان مائتي دينار رجع بعشرها وذلك عشرون ديناراً.

فصل: فإذا ثبت أن اعتبار الأرش ما ذكرنا وكذلك في أرش كل عيب، فلو امتنع البائع من دفع الأرش وقال أنا استرد الجارية ثيباً كان له ذلك وقيل للمشتري لا أرش لك وأنت بالخيار بين الرد والإمساك بالعيب لأننا منعنا من الرد على البائع لأن لا يلحقه نقص وأوجبنا للمشتري الأرش ليستدرك به العيب فإذا رضي البائع بقبول العيب بطل الأرش ووجب الرد إن شاء المشتري ولكن لو استحق المشتري الرد فبذل البائع الأرش لم يلزم المشتري قبوله وكان له الرد ولو طلب المشتري الأرش لم يلزم البائع بذله وكان للمشتري الإمساك أو الرد ولو تراضيا جميعاً على دفع الأرش بدلاً من الرد ففيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر مذهب الشافعي أنه لا يجوز لأن ما استحق رده ثبت فيه الخيار فلم يجز أن ينتقل عنه إلى الأرش لأنه إسقاط خيار بعوض كما لو أسقط خيار الثلاث، وخيار الشفعة بعوض.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس ابن سريج أنه جائز لأن العيب قد يوجب تارة الرد وتارة الأرش فلما جاز الرد مع استحقاق الأرش اقتضى أن يجوز الأرش مع استحقاق الرد ولا يشبه خيار الثلاث والشفعة لأنهما لا يرجعان إلى بدله وهذا يرجع إلى بدل، فإذا قيل بجواز أخذ الأرش اعتبر على ما مضى وإذا قيل أخذ الأرش لا يجوز فهل يسقط خيار المشتري على وجهين:

أحدهما: يسقط خياره لأن طلبه للأرش رضا منه بالعيب.

والثاني: لا يسقط خياره لأنه إنما أمسك عن الرد لما ظنه من حصول الأرش فإذا لم يحصل الأرش كان حقه من الرد.

فصـل: فإذا اشترى عبداً قـد سرق وهـو غير عـالم بسرقتـه حتى قـطع في يـده فقـال أبو العباس ابن سريج له رده واسترجاع ثمنه وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمـد: لا يـرده ويرجـع بنقصان عيبـه في هذه المسـألة عنـدي نظر، ولقـول أبي يوسف وجـه ولكن لو قطعت يده قوداً لم يكن له الرد اتفاقاً لأن القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع في السـرقة لا يصح العفو عنه.

فصل: وإذا اشترى رجل من رجل عصيراً حلواً، وكان معيباً فلم يعلم المشتري بعيبـه حتى صار خمراً فللمشتري أن يرجع بارش عيبـه، وليس له رد الخمـر واسترجـاع ثمنه سـواء رضي البائع بقبوله خمراً أم لا لتحريم المعاوضة على الخمر فلو صار الخمر خلاً فقال البائـع أنا استرجع الخلّ وأرد الثمن ولا أدفع الأرش كان لـه ذلك لأن الخـلّ هو عين العصيـر وليس فيه معنى يمنع من المعاوضة عليه ولا للمشتري فيه عمل يمنع من الرد خوفاً من تفويت عامله عليه وهذا من تفريع أبي العباس.

فصل: وإذا اشترى نصراني من نصراني خمراً ثم أسلما فـوجد المشتـري بالمبيـع عيباً ينقص العشر من ثمنه، قال أبو العباس للمشتري أن يرجع على البائع بـأرش عيبه وهـو عشر الثمن ولا يبطل ذلك بإسلامهما وهو قول محمد بن الحسن فإن قال البائع أنا اخذ الخمر وأردُّ الثمن لم يكن ذلك له وإن لم يرجع المشتـري بنقصان العيب حتى صـار الخمر خـلاً في يد المشتري فقال البائع أنا آخذ الخل وأرد الثمن جاز ولو كان المشتـري وقف على عيب الخمر قبل إسلامهما فلم يرده بالعيب حتى أسلما لم يكن للمشتـري بعد إسـلامه الـرد ولا الرجـوع بالأرش أما الرد فلحدوث الإسلام وأما الأرش فـلإمكان الـرد قبل الإسـلام ولو كـان قد أسلم البائع وحده بعد تبايع الخمر لم يجز للمشتري رده عليه بالعيب، ولو كان المشتري قـد أسلم وحده جاز أن يرده بالعيب لاستـرجاع تملكـه الخمر والمسلم لا يجـوز أن يتملك الخمر ورد المشتري إزالة الملك والمسلم يجوز أن يزيل تملكه عن الخمر.

فصل: وإذا اشترى شاة فذبحها، ثم وجد بها بعد الذبح عيبـاً فله الرجـوع بأرشهـا فإن رضي البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشتري لإمكان الرد، ولا أجرة على البائع للذبـح إن ردت عليه لأن الذبح أثر هـو نقص. وإن كان المبيـع ثوبـاً قد خـاطه المشتـري استحق أرشه بالعيب وإن رضي البائع بقبوله مخيطاً لأن في الخياطة عيباً قائمة وأثراً زائداً.

ولكن لو كان المبيع غزلاً فنسجه المشتري ثم وجد فيه عيباً كان له الرجـوع بأرشـه فإن رضي البائع بقبوله منسوجاً بعينه ففيه قولان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أن للمشتري الخيار إن شـاء رده منسوجـاً ولا أجرة لـه على البائـع وإن شاء أمسكه معيباً لأن النساجة أثر لا يمتلك.

والقول الثاني: أن البائع إن بذل أجرة النسيج كان له استرجاع الغزل منسوجاً فإن أبى لزمه الأرش لأن النساجة زيادة عمل في مقابلة عوض.

فصل: ولو اشترى عبداً بمائة درهم وأخذ بالمائة ثوباً، ثم وجد بالعبد عيباً فرده كان له أن يرجع على البائع بالماية ولا يرجع عليه بالثوب لأن الرد بالعيب يوجب الرجوع بالثمن والثمن هو المائة دون الثوب ولكن لو بان العبد حراً أو مغصوباً رجع بالثوب دون المائة لفساد العقد وبطلان الثمن وكان له الرجوع بما رفع ولو مات العبد في يد البائع قبل قبضه منه انفسخ البيع قال أبو العباس وللمشتري أن يرجع بالمائة دون الثوب لأن الفسخ بتلف المبيع قبل القبض قطع العقد وليس له برافع من أصله بخلاف العيب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَصَابَ الْمُشْتَرِيَانِ صَفْقَةً وَاحِدَةً مِنْ رَجُلٍ بِجَارِيَةٍ عَيْباً فَأَرَادَ أَحَدُهُمَا الرَّدَّ والآخَرُ الإِمْسَاكَ فَذَلِكَ لَهُمَا لِأَنَّ مَوْجُوداً فِي شِرَاءِ الاِثْنَيْنِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرٍ لِلنِّصْفِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا اشترى رجلان سلعة من رجل في صفقة واحدة، ثم وجدا بها عيباً فإن رداها معاً كان ذلك لهما، وإن أمسكاها معاً كان ذلك لهما، وإن أراد أحدهما رد حصته وأراد الآخر إمساك حصته جاز، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز لأحدهما الرد حتى يردا معاً ويمسكا معاً.

وقد رواه أبو ثور عن الشافعي احتجاجاً بأن المبيع خرج من يد بايعه صفقة فلم يجز تبعيضها عليه وبعض الصفقة كالمشتري الواحد قال ولأن المشتريين من الرجل الواحد يجري على ابتياعهما حكم العقد الواحد ولا يجوز لأحدهما قبول العقد دون الآخر بدليل أنه بدل واحد يضمنه ثمن واحد كما لو كان لمشترٍ واحد، والدلالة عليه من وجهين:

أحدهما: جواز رد أحد المشتريين.

والثاني: أنه في حكم العقدين.

فأما الدليل على جواز أحد المشتريين فهو أنه رد بالعيب جميع ما لزمه ثمنه بالعقد فجاز له الرد كالمشتري الواحد.

وأما الدليل على أنه في حكم العقدين فهو أنه عقد اجتمع في أحد طرفيه عاقدان فوجب أن يكون في حكم العقدين كالمشتري الواحد من بايعين، ولأنهما لو اشتريا شقصاً تجري فيه الشفعة لكان للشفيع أن يأخذ حصة أيهما شاء ولو كانت صفقة واحدة لم يجز ولو تصارفا من رجل فقبض أحدهما قبل الافتراق ولم يقبض الآخر..

جازت في حصة من قبض وبطلت في حصة من لم يقبض ولو كانت صفقة واحدة لبطل جميعها فدلّ على أنهما صفقتان وجاز لأحدهما القبول دون الآخر.

وأما الجواب عن قوله إن فيه تفريق الصفقة على بائعه كالمشتري الواحد فهو أن البائع فرق صفقة نفسه بالبيع على اثنين ولم يفرقها بالبيع على واحد على أن أبا حنيفة يقول في المشتري الواحد إذا وجد بأحد العبدين عيباً أن له رد العيب منهما دون السليم وفيه تفريق الصفقة الواحدة فأولى أن يقول بمثله في مسألتنا وأما الجواب عن قوله أنه في حكم العقد الواحد لأن الثمن فيه واحد فهو أن الثمن إذا قابل جنساً واحداً كان الثمن مقسطاً على أجزائه فجرى عليه حكم التبعيض وإن كان جملة وإذا قابل أعياناً مختلفة كان حكمه بخلافه، فلو كان لأن الثمن واحداً يقتضي أن يكون في حكم العقد الواحد لوجب إذا ابتاع رجلان عبدين من رجل واحد بألف على أن كل واحد منهما مشترٍ لأحد العبدين أن يصح كما لو اشتراهما رجل واحد فلما بطل في الجهل ثمن كل واحد من العبدين ولم يبطل إذا اشتراهما رجل واحد دل على ابتياع الاثنين في حكم العقدين وإن كان بثمن واحد.

فصل: فإذا ثبت لأحد الشريكين الردّ فردّ أحدهما واسترجع ما دفع ففيه وجهان:

أصحهما: أن الشركة بين المشتركين قد بطلت بالرد فيكون للممسك نصف العبد وللراد نصف الثمن.

والوجه الثاني: أن الشركة بينهما على حالها لأنه لم يكن بينهما قسمة فعلى هذا نصف العبد بينهما ونصف العبد الثمن بينهما.

فصل: فأما إذا اشترى رجل عبداً من رجلين فوجد به عيباً كان له أن يرد جميع العبد عليهما وله أن يمسكه ولا يرد شيئاً منه على واحد منهما وله أن يرد نصفه على أحدهما ويمسك النصف الآخر وهذا يوافق عليه أبو حنيفة.

فصل: ولو اشترى رجلان عبداً من رجلين فلكل واحد من المشتريين أن يرد ربع العبد على كل واحد من البايعين لأن هذه الصفقة حكمها حكم العقود الأربعة فكذا لو اشترى ثلاثة انفس عبداً من ثلاثة أنفس كان لكل واحد من الثلاثة أن يرد تسع العبد على كل واحد من الباعة الثلاثة لأن هذه الصفقة حكمها حكم العقود التسعة.

فصل: ولو أن رجلين وكل أحدهما صاحبه في ابتياع عبد بينه وبينه فابتاع الوكيل عبداً بينه وبين موكله صفقة واحدة ثم وجدا به عيباً لم يكن لأحدهما الرد دون الآخر لأن المشتري واحد والبائع واحد فكانت الصفقة في حكم العقد الواحد فلم يجز تبعيضها.

فصل: ولو كان عبد بين رجلين فوكل أحدهما صاحبه في بيعه فباع الوكيل جميع العبد على رجل صفقة واحدة نصفه بحق الملك ونصفه بحق الوكالة، ثم إن المشتري وجد بالعبد عيباً ففيه وجهان: **أحدهما**: أن حكم هذه الصفقة حكم العقد الواحد لأن البائع فيهما واحد والمشتري واحد فعلى هذا يكون المشتري بالخيار بين أن يرد جميعه بالعيب أو يمسك جميعه **والوجه الثاني**: أن هذه الصفقة في حكم العقدين وللمشتري أن يرد إحدى الحصتين

لأن كل واحد من البائعين قد كان له شريك في العبد فلا فرق بين أن يكون شريكه الذي باع منه وبين أن يكون شريك المشتري وهذا مخالف لما ذكرنا من توكيل إحدى المشترين لصاحبه من هذا الوجه.

فصل: ولو أن رجلاً اشترى نصف عبد في عقد ثم اشترى باقيه في عقد آخر ثم وجد به عيباً فإن كان حدوث هذا العيب بعد العقد الأول وقبل العقد الثاني فله أن يرد الحصة الثانية بالعيب دون الحصة الأولى وإن كان متقدماً قبل العقد الأول فالمشتري مخير بين أن يرد العبد كله بالعقدين وبين أن يمسكه كله بالعقدين وبين أن يرد الحصة الأولى دون الثانية وبين أن يرد الحصة الثانية دون الأولى.

فصل: ولو أن رجلاً اشترى عبداً ثم مات وخلف اثنين فوجدا بالعبد عيباً فأمسك أحدهما وأراد الآخر الرد فالبائع بالخيار بين أن يسترجع نصفه بنصف الثمن أو يعطي نصف الأرش ولا يخير الذي يريد الرد على إسقاط حقه.

فصل: ولو أن رجلاً اشترى عبداً صفقة ثم وجد به عيباً فأراد بعضه لم يجز لما فيه من تفريق الصفقة وكان بالخيار بين أن يمسكه كله أو يرده كله، ولو اشترى عبدين صفقة رجل ثم وجد بأحدهما عيباً فإن ردهما معاً كان له ذلك وإن أراد ردّ السليم دون المعيب لم يجز وإن أرادّ ردّ المعيب دون السليم فإن رضي به البائع جاز وإن لم يرض به البائع ففيه قولان من تفريق الصفقة:

أحدهما: يجوز إذا قيل بجواز تفريق الصفقة وهذا قول أبي حنيفة.

والثاني: وهو أصح لا يجوز إذا قيل إنه لا يجوز تفريق الصفقة، ثم إذا قلنا بجوازه فاختلفا في حصة المعيب المردود من الثمن وكان السليم معدوماً ففيه قولان:

أحدهما: وهو الصحيح المنصوص عليه في اختلاف العراقيين أن القول قول البائع لأنه قد ملك جميع الثمن بالعقد فلم يسترجع منه إلا ما اعترف به.

والثاني: ذكره في كتاب الصرف: أن القول قول المشتري لأنه غارم فأما التحالف فلا يجب في هذا الموضع لاتفاقهما على أصل العقد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوِ اشْتَرَاهَا جَعْدَةً فَوَجَدَهَا سَبِطَةً فَلَهُ الرَّدُّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا اشترى جارية جعدة الشعر فوجدها سبطة الشعر، فلا يخلو من أحد أمرين إما أن يرى شعرها عند الابتياع أو لا يراه، فإن رأى شعرها عند عقد البيع وكان جعداً صح البيع وإن بان الشعر سبطاً وأن تجعيده كان مزوراً فهذا عيب وله الخيار سواء شرط في البيع أنها جعدة أو لم يشرط لأن رؤيتها جعدة يغني عن اشتراطها أنها جعدة، وقال أبو حنيفة: ليس هذا بعيب له سواء شرطه او لم يشرطه لأن عدم التجعيد لا يسلب

منفعة ولا ينقص قيمة، وهذا خطأ بل فقده نقص لأن تجعيد الشعر دليل على قوة الجسم وفقده دليل على ضعف الجسم ولأنه أحسن في النظر وأزيد في الثمن، وإن ابتاعها فلم ير .وجهها ففي بطلان المبيع وجهان:

أحدهما: باطل، وهو قول ابن أبي هريرة لعدم الرؤية فيما ليس بعورة كسائر الجسد.

والوجه الثاني: أنه جائز وهو أصح لأن الشعر تبع فلم يكن فقد رؤيته مبطلاً للبيع فعلى هذا إذا لم يشترط على البائع انها جعدة الشعر فلا خيار له لأن فقد الرؤية وعدم الرؤية يمنعان من الرد فيما ليس ينقص عن حال السلامة فإن كان وجوده زيادة كما لو اشترى عبداً فظنه كاتباً وكان غير كاتب لم يكن له الرد ولكن لو اشترط انها جعدة كان له الرد لاجل الشرط كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب فبان غير كاتب كان له الرد لأجل الشرط وإن كان لو لم يشترط أنه كاتب لم يستحق الرد.

فصل: ولو اشترى جارية على أنها سبطة فكانت جعدة ففي استحقاق الرد وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: ليس له الرد لأن تجعيد الشعر زيادة واشتراط المشتري أن يكون سبطاً إنما هو لطلب الرخص أو لسوء الاختيار.

والوجه الثاني: أن له الرد لفقد الشرط واختلاف الأغراض.

فصل: ولو اشترى جارية على أنها بكر فكانت ثيباً فله الرد ولو اشتراها يظنها بكراً وكانت ثيباً فليس له الرد لأن الثيب سليمة والبكارة زيادة ولو اشتراها على أنها ثيب فكانت بكراً ففي استحقاق الرد وجهان:

أحدهما: لا رد لأن البكارة زيادة.

والثاني: له الرد لأجل الشرط واختلاف الأغراض ولكن لو اشترى جارية وكان شعرها أبيضاً كان له الرد وإن لم يشترط سواد الشعر لأن بياض الشعر نقص ولو اشتراها على أن شعرها أبيض فكان أسوداً كان في الرد وجهان.

فصل: إذا اشترى أمة فكانت زانية أو بفمها بخر، فهذان عيبان وله فيهما الرد لأن الزنا يفسد النسب ويوجب الحد وبخر الفم يمنع من الاستمتاع ويوكس الثمن، ولو اشترى عبداً فكان زانياً أو في فمه بخر كان عيباً وله الرد.

وقال أبو حنيفة الزنا وبخر الفم ليس بعيب في العبد وإن كان عيباً في الأمة لأن مقصود العبد هو العمل والزنا والبخر لا يؤثران في عمله، وهذا خطأ لأن ما كان عيباً في الأمة كان عيباً في العبد كالسرقة ولأن زنا العبد يوجب عليه الحد فربما أتلفه وبخر فمه يمنع من مقاربته ويؤذي عند مجالسته ولكن لو اشترى عبداً أو أمة، فكانت ولد زنا لم يكن ذلك عيباً يوجب الرد لأن أكثر الرقيق أولاد زنية وليس لذلك تأثير في أثمانهم.

فصل: إذا اشترى جارية فوجدها تحسن الغناء وتضرب بالعود أو تنفخ في المزمار لم يكن عيباً ولا رد له.

وقال مالك هذا عيب وله الرد لأن ذلك يخلقها ويدل على قلة صيانتها وهذا خطأ لأن الغناء صنعة تزيد في ثمنها والمبتغى من الرقيق توفير الأثمان فإن كره ذلك منها أمكنه أن يكفها ويمنعها منه.

فصل: وإذا اشترى عبداً فبان أنه بيع بجناية جناها لم تخل الجناية التي بيع فيها من أن تكون عمداً أو خطأ، فإن كانت خطأ لم تخل من أحد أمرين إما أن تتكرر منه أم لا، فإن كانت تتكرر منه كثيراً فهذا عيب يوجب الرد، وإن كانت مرة واحدة لم تتكرر منه فليس بعيب ولا رد له لأن النادر من جنايات الخطأ لا يخلو منه في الغالب أحد وإن كانت الحناية عمداً فإن لم يكن العبد قد تاب منها فهذا عيب وله الرد وإن كان العبد قد تاب منها فهل يكون ذلك بعد توبته عيباً يوجب الرد على وجهين:

أحدهما: لا يوجب الرد لأن التوبة قد رفعت ذنبه، **والثاني** له الرد لأن التوبة ترفع الاثم ولا ترفع النقض.

فصل: فإذا اشترى عبداً وكان آبقاً فله الرد لكن إن أبق من يد المشتري فلا مخاصمة له مع البائع حتى يحضر العبد سواء علم بقدم إباقه أو لم يعلم.

وقال مالك: له مخاصمة البائع إذا علم بقدم إباقه وإن لم يحضر وهذا خطأ لأن حال الآبق متردد بين البقاء والتلف فإن كان باقياً استحق الرد واسترجاع الثمن وإن كان تالفاً استحق أخذ الأرش وما جهل استحقاقه لم يصح المطالبة.

فصل: وإن اشترى عبداً وكان يبول إذا نام كان عيباً يوجب الرد فلو لم يعلم بحاله حتى كبر العبد لم يكن له الرد ورجع بالأرش لأن علاجه بعد الكبر عسير فصار كبره عنده كالعيب الحادث في يده ولو كان العبد غير مختون، فإن كان العبد صغيراً فلا ردّ له لأن فقد الختانة في الصغر ليست نقصاً لأنها غالب أحوال الصغار فإن كان العبد كبيراً كان عيباً يوجب الرد لأن فقد الختانة فيه نقص وعليه فيها وكس.

فصل: ولو اشترى عبداً فكان رطب الكلام أو غليظ الصوت أو ثقيل النفس أو بطيء الحركة أو كثير النهم أو فاسد الرأي أو قليل الأدب فلا ردّ له بهذا كله لسلامة بدنه وصحة جسمه ولكن لو كان به بله أو خبل أو عته أو سدد، أو كان مؤنثاً أو خنثى مشكل أو غير مشكل أو في كفه إصبع زائدة أو ناقصة أو به برص أو حر كبد أو نفحة طحال أو كان يشرب الخمر أو يقذف المحصنات أو يدع الصلوات أو كان أصم أو أخشم أو أخرس أو أرثه لا يفهم أو في فمه سن زائدة أو مقلوعة فكل هذه عيوب توجب الرد لأنها وما أوجب الحد نقص في بدنه

وكذلك لو اشترى عبداً أو كان ذا زوجة أو أمة فكانت ذات زوج كان لـه الرد لأن زوجـة العبد تستحق من كسبه النفقة وزوج الأمة يمنع من استمتاع المشتري بها وكذلك لو كانت الأمة في عدة أو محرمة كان الرد له ولو كانت صائمةً لم يكن له الرد لأن الخروج منه قـريب. ولكن لو كـانت أخته من الـرضاعـة لم يكن له الـرد لأنها وإن حـرمت عليه فقـد تحل لغيـره فخالفت المعتدة التي تحرم عليه وعلى غيره ولو كانت أخته من النسب فلا ردّ له كأخته من الرضاع لما ذكـرنا ولـو كـانت من والـديـه أو مـولـوديـه عتقت ولا رد لـه ولا أرش لأن العيب هـو النقص المختص بالمعقود عليه دون العاقـد وعتق هذه لمعنى في العـاقد فلم يكن عيبـاً ولو اشتـرى عبداً فكان في ذمته ديون عن معاملة فلا ردّ له وقال العراقيون له الرد وليس بصحيح لأن ديونه في ذمته لا يلزم أداؤها إلا بعد عتقه.

فصل: ولو اشترى داراً أو عبداً ثم علم أن البائع لها وكيل أو أمين حـاكم أو وصي ميت أو أب يلي على مال ابنه ففي الرد بهذه الأسباب وجهان:

أحدهما: لا رد لجواز بيوعهم وصحة عقودهم.

والثاني: له الرد لما يخاف من فساد النيابة واستحقاق الرد والله أعلم

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ بَاعَهَا أَوْ بَعْضَهَـا ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْبَائِعِ بِشَيْءٍ وَلَا مِنْ قِيمَةِ الْعَيْبِ وَإِنَّمَا لَهُ قِيمَـةُ الْعَيْبِ إِذَا فَاتَتْ بِمَـوْتٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ حَدَثَ بِهَا عِنْدَهُ عَيْبٌ لَا يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَرُدَّ بِهِ إِلَيْهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا باع المشتري السلعة وقد كان بها عيب متقدم قبـل الشراء لم يخل حاله من أحد أمرين إما أن يكون قد علم بالعيب قبل بيعها، أو لم يعلم. فإن علم بالعيب قبل بيعها فقد سقط حق المشتري من العيب سقوطاً مستقراً، فلا رد له ولا أرش سواء عادت إليه السلعة أم لا لأن بيعها بعد علمه بعيبها رضى منه.

وإن لم يعلم بـالعيب قبل بيعهـا فقد ذهب عبيد الله بن الحسين وابن أبي ليلى إلى أن للمشتري الرجوع بالأرش على البائع ليستدرك به نقص العيب، وقال الشافعي وسائر الفقهاء لا أرش في الحال ولا رد له لكن اختلف أصحابنا في العلة المانعة من استحقاق الأرش فقال أبو إسحاق المروزي: العلة فيه أن المشتري قد استدرك ظلامة العيب بما حصل من سلامـة العوض.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: العلة فيـه إمكان الـرد بالـرجوع إليـه وكلا العلتين حجـة على عبيـد الله وابن أبي ليلى، فإذا ثبت أن لا أرش لـه نظر في المشتـري الثـاني فـإن وقف على العيب ورضي به فقد استقر سقوط الأرش والرد، وإن رده به كان للمشتري الأول حينئـذ أن يرده به على العلتين معاً لأنه لم يسلم لـه استدراك الـظلامة بحصـول العوض على تعليـل

أبي إسحاق وقد أمكنه الرد على تعليل أبي علي ولكن لو عادت السلعة إلى المشتري بميراث أو هبة أو ابتياع كان في استحقاق رده بالعيب وجهان من اختلاف العلتين:

أحدهما: لا رد له وهو قول أبي إسحاق لاستدراك الظلامة لحصول العوض السليم.

والثاني: له الرد وهو قول أبي علي لإمكان الرد برجوعها إلى يده.

فصل: فأما إذا باع بعض السلعة ثم علم بعيبها فما باعه فلا أرش له فيه للعلتين الماضيتين وأما الثاني فإن قيل بجواز تفريق الصفقة فله رد ما بقي واسترجاع حصته من الثمن والتوقف عن البيع لينظر ما يؤول إليه حاله فإن قيل إن تفريق الصفقة لايجوز فلا حق له في رده لما فيه تفريق الصفقة على بايعه وفي جواز الرجوع بأرشه وجهان:

أحدهما: له الأرش وهو مقتضى تعليل أبي إسحاق لأنه ما استدرك ظلامته فيه.

والثاني: لا أرش له وهو مقتضى تعليل أبو علي لأن رد الكل برجوع المبيع ممكن فعلى هذا إن عاد إليه ما باعه رد الكل وإن فات رد المبيع بالتلف يرجع بأرش ما لم يبع دون ما باع إلا أن يكون المشتري منه قد رجع عليه بأرشه بعد تلفه فيستحق الرجوع بأرش الجميع، وعلى الوجه الأول أذا حكم له بأرش ما بقي فرد عليه المشتري منه ما ابتاعه فصار الجميع في يده قيل له قد سقط حقك من رد ما لم تبع لأنك أخذت أرشه وللبائع أن يمنعك من رد ما بعت لأنك تفرق صفقته ولك أن تأخذ أرشه إلا أن يرضى البائع بتفريق صفقته فيثبت له ويمنعك من أرشه فهذا الكلام إذا خرج المبيع عن ملك المشتري.

فصل: فأما إن وهبه ثم علم عيبه فقد اختلف قول الشافعي في الهبة هل يستحق عليها المكافأة؟ فأحد القولين ان المكافأة عليها واجبة فعلى هذا لا أرش له على العلتين معاً كالبيع لأنه قد يستدرك ظلامته بالمكافأة ولأن رده بالعود إليه ممكن.

والقول الثاني: أن المكافأة عليها غير واجبة فعلى هذا في رجوعه بالأرش وجهان:

أحدهما: وهو مقتضى تعليل أبي إسحاق لا رجوع له بالأرش لأنه لم يستدرك ظلامته بالعوض.

والوجه الثاني: وهو مقتضى تعليل أبي علي لا رجوع له بالأرش لأن رده بالعود إليه ممكن فأما إن وقفه أو أعتقه فله الرجوع بالأرش على العلتين، ولكن لو كاتبه ثم علم عيبه لم يستحق الأرش على العلتين معاً لينتظر ما يؤول إليه حال كتابته لأنه قد يستدرك ظلامته بعوض الكتابة ولأن رده بالعجز عنها ممكن، ولو دبره أو أعتقه بصفة كان له رده لبقائه على ملكه وإمكان رده، ولو كانت أمة فأولدها رجع بأرشها لفوات ردها، فأما إن رهنه أو أجره فعلى وجهين:

أحدهما: لا أرش له وهي مقتضى تعليل أبي علي لإمكان الرد ويوقف لينظر ما يؤول إليه حاله.

والوجه الثاني: وهو مقتضى تعليل أبي إسحاق: له الخيار في أن يتعجل الأرش لأنه لم يستدرك ظلامته بالمعاوضة ويسقط حقه في الرد من بعد أو يوقف لينظر ما يؤول إليه حاله.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ كَانَ لَهُ قِيْمَةُ الْعَيْبِ الأَوَّلِ إِلاَّ أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَقْبَلَهَا نَاقِصَةً فَيَكُونَ ذَلِكَ لَهُ إِلاَّ إِنْ شَاءَ الْمُشْتَرِي حَبْسَهَا وَلاَ يَرْجِعَ بِشَيْءٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال:

إذا اشترى سلعة فحدث بها عنده عيب ثم وجد بها عيباً متقدماً لم يكن له ردها بالعيب المتقدم وكان له أن يرجع بأرشه إلا أن يرضى البائع أن يقبلها معيبة فله ذلك ولا يلزمه دفع الأرش إلا أن يرضى المشتري بعيبها فيمسكها ولا يرجع بأرشها وقال أبو ثور وحكاه عن الشافعي في القديم إن للمشتري أن يرد السلعة بالعيب المتقدم وعليه أن يرد معها أرش العيب الحادث.

وقال مالك: إن كان البائع دلسّ العيب على المشتري كان للمشتري أن يردها بذلك العيب ولا يلزمه أرش العيب الحادث وإن لم يكن البائع دلس العيب على المشتري فللمشتري أن يردّ عليه أرش العيب الحادث استدلالاً بأن لكل واحد منهما ظلامة يستحق استدراكها فللمشتري أن يستدرك ظلامة العيب المتقدم بالرد وللبائع أن يستدرك ظلامة العيب الحادث بالامتناع فلما لم يمكن استدراك الظلامتين وجب تقديم المشتري بها على البائع لأمرين:

أحدهما: أنه لم يكن منه تدليس وقد كان من البائع تدليس.

والثاني: أنه استحدث ملكه بالمعاوضة على حال السلامة والبائع متقدم الملك على حال المعاوضة، ولأنه لما جاز في المصراة أن يرد مع حدوث النقص فيها بالحلاب إذا ردّ معها الصاع الذي هو أرش النقص لم يكن حدوث العيب في يد المشتري مانعاً من الرد بما تقدم من العيب.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه هو أن العيب الحادث في يد المشتري قد يكون تارة عن جناية وتارة لحادث نزل به فإذا لم يرد المشتري مع العيب الحادث عن جنايته ولم يرد مع العيب الحادث بغير جنايته منه لحدوث النقص في الحالين ولأنه لما لم يلزم أن يقبله معيباً لأجل الضرر الداخل عليه لأن لكل واحد منهما حقاً في دفع الضرر عن نفسه.

فأما الجواب عن استدلالهم بتقديم المشتري لأجل أن البائع مدلس وأن المشتري معاوض فهو أن تدليس البائع لايوجب عليه ضمان ما لم يدلسه، والعيب الحادث ليس من تدليسه فلم يكن من ضمانه ومعاوضته المشتري لا تدفع من ضمان ما نقص في يده كما لا تدفع عنه ضمان ما نقص جنايته.

وأما الجواب عن المصراة فهو أن نقص التصرية حدث لاستعلام العيب فلم يمنع من الرد بالعيب وخالف ما سواه.

فصل: وإذا اشترى جارية حايلاً فحملت عنده ثم وجد بها عيباً متقدماً فإن كان حملها نقصاً موكساً من ثمنها لم يكن له ردها ورجع بأرش عيبها وإن لم يكن حملها منقصاً، فله ردها بالعيب وهل له حبسها حتى تضع حملها على قولين.

أحدهما: ليس له حبسها للوضع إذا قيل إن الحمل يتبع فإن حبسها منع من الرد ولم يستحق الأرش.

والقول الثاني: له حبسها حتى تضع إذا قيل إن الحمل يأخذ قسطاً من الثمن لأن الحمل في ملكه فلا يلزمه إخراجه عن يده ولو اشتراها حاملاً فوضعت عنده ثم وجد بها عيباً متقدماً فإن كانت الولادة قد نقصتها لم يكن له ردها ورجع بأرش العيب وإن لم تنقصها الولادة ردها وفي الولد قولان من اختلاف قوله في الحمل.

فصل: ولو اشتراها وهي صغيرة فأرضعتها أم البائع فوجد بها عيباً كان له ردها عليه وإن حرمت على البائع بالرضاع لأن تحريمها عليه بهذا الرضاع غير مؤثر في ثمنها في الأسواق.

فصل: فلو كان مشتري الجارية باعها على آخر ثم حدث بها عند الثاني عيب ووجد بها عيباً متقدماً فطالب بائعه فأخذ منه الأرش لم يكن للبائع الثاني أن يرجع على البائع الأول بما دفع من الأرش لأنه قد كان له أن يقبله بالعيب الثاني ثم يناظر البائع الأول عليه فإما قبله بعيبه وإما رضي بدفع أرشه فصار اختيار البائع الثاني لدفع الأرش رضا بإسقاط حقه مع الأول، ولكن لو كان المشتري الثاني أعتقه ثم رجع على بائعه الثاني بأرش عيبه كان للبائع الثاني أن يرجع على البائع الأول بما غرم من أرشه لأن عتقه يمنع من قبوله معيباً.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي الْعَيْبِ وَمِثْلُهُ يَحْدُثُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ عَلَى الْبَتِّ لَقَدْ بَاعَهُ بَرِيئاً مِنْ هَـذَا الْعَيْبِ (قال المزني) يَحْلِفُ بِاللَّهِ مَا بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ وَأَوْصَلْتُهُ إِلَيْكَ وَبِهِ هَذَا الْعَيْبُ لأَنَّهُ قَدْ يَبِيعُهُ إِيَّاهُ وَهُوَ بَرِيءٌ ثُمَّ يُصِيبُهُ قَبْلَ أَنْ يُوصِلَهُ إِلَيْهِ (قال المزني) يَنْبَغِي فِي أَصْلِ قَوْلِهِ أَنْ يُحَلِّفَهُ لَقَدْ أَقْبَضَهُ إِيَّاهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ مِنْ قَبْلِ أَنَّهُ يَضْمَنُ مَا حَدَثَ عِنْدَهُ قَبْلَ دَفْعِهِ إِلَى الْمُشْتَرِي وَيَجْعَلُ لِلْمُشْتَرِي رَدَّهُ بِمَا حَدَثَ عِنْدَ

الْبَائِعِ وَلَوْ لَمْ يُحَلِّفْهُ إِلَّا عَلَى أَنَّهُ بَاعَهُ بَرِيئاً مِنْ هَذَا الْعَيْبِ أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ صَادِقاً وَقَدْ حَدَثَ الْعَيْبُ عِنْدَه قَبْلَ الدَّفْعِ فَنَكُونُ قَدْ ظَلَمْنَا الْمُشْتَرِي لأَنَّ لَهُ الرَّدَّ بِمَا حَدَثَ بَعْدَ الْبَيْعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ مَا وَصَفْنَا أَنَّهُ لَازِمٌ فِي أَصْلِهِ مَا وَصَفْنَا مِنْ مَذْهَبِهِ».

قال الماوردي: وجملة اختلاف البائع والمشتري في العيب إذا ادعى المشتري تقدمه ليستحق به الفسخ وادعى البائع حدوثه ليمنعه الفسخ إنه لا يخلو حال العيب من ثلاثة أقسام:

أحدها: ما علم تقدمه.

والثاني: ما علم حدوثه.

والثالث: ما استوى فيه الأمران، فأما ما علم تقدمه مثل الإصبع الزائدة التي لا يمكن حدوثها أو شق جراحة عنقه يستحيل في المدة القصيرة حدوث مثلها، فالقول في هذا وما جرى مجراه قول المشتري بلا يمين لعلمنا بصدقه وكذا البائع.

وأما ما علم حدوثه فمثل جراحة طرية تسيل دماً يستحيل في المدة الطويلة أن يتقدمها فالقول في هذا وما جرى مجراه من ادعاء العمى والعور مع اعتراف المشتري بالرؤية قول البائع بلا يمين ولا ردّ للمشتري لعلمنا بصدق البائع وكذب المشتري، فأما ما أمكن حدوثه وتقدمه كالخرق في الثوب والكسر في الإناء والجراح وسائر العيوب التي يمكن حدوثها وتقدمها فالقول فيها قول البائع مع يمينه لمعنيين.

أحدهما: أن حدوث العيب يقين وتقدمه شك والحكم باليقين أولى من الحكم بالشك.

والثاني: أن دعوى المشتري تقتضي الفسخ ودعوى البائع تقتضي الإمضاء ولزوم العقد من قبل يعاضد قول من ادعى الإمضاء دون الفسخ.

فصل: فإذا ثبت أن القول قول البائع مع يمينه فيمينه على البت لا على العلم وقال ابن أبي ليلى اليمين في جميع العيوب على العلم دون البت وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن تقدم العيب يوجب خيار المشتري وإن لم يعلم به البائع فلم يجز أن يكون يمين البائع على العلم لأنه قد يصدق فيها ولا يمنع حق المشتري بها.

والثاني: أن العيب نقص جزء يدعي البائع إقباضه واليمين في القبض على البت لا على العلم.

فصل: فإذا ثبت أن يمين البائع على البت فصفة يمينه تبنى على مقدمه، وهي أن من ادّعى عليه دعوى فأنكرها لم يخل حال إنكاره من أمرين: إما أن يقابل لفظ الدعوى في

الإنكار بمثله أو يكون نفياً للحق من غير أن يقابل في الإنكار بمثل اللفظ فصفته أن يدعي عليه غصب عبد فيكون جوابه في الإنكار أن يقول ليس له قبلي حق، وهذا جواب كاف، فعلى هذا تكون يمين المنكر لهذه الدعوى مثل إنكاره لا مثل دعوى المدعي فيقول: والله ما له قبلي حق، ويلزمه أن يحلف والله ما غصبته العبد لأنه قد يجوز أن يكون غصبه ثم رده أو ابتاعه فيأثم إن حلف وهو بريء من الدعوى، فإن كان إنكاره مقابلاً للفظ الدعوى فصفته أن يدعي عليه غصب عبد فيكون في جوابه في الإنكار أن يقول ما غصبته هذا العبد فعلى هذا في يمينه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يحلف بالله ما له قبلي حق لما ذكرنا من التعليل.

والوجه الثاني: يحلف بالله ما غصبته العبد لأنه لا ينكر الدعوى بمثل لفظها إلا وهو يعلم من نفسه إن حلف عليه لم يحنث في يمينه.

فإذاوضحت هذه المقدمة لم يخل جواب البائع فيما ادعاه من حدوث العيب من أن يكون نفياً لاستحقاق الرد أو أن يكون مقابلاً لدعوى المشتري بمثل ذلك اللفظ وإن كان البائع نفى استحقاق الرد مثل أن يقول لا يستحق على رد هذه السلعة بهذا العيب فيجب أن تكون يمينه مطابقة لجوابه فيقول: والله ما يستحق علي رد هذه السلعة بهذا العيب وإن كان البائع قابل دعوى المشتري بمثل لفظه مثل أن يقول: لقد بعتك هذه السلعة وليس فيها هذا العيب ففي يمينه وجهان:

أحدهما: أن يحلف مثل يمينه الأول فيقول والله ما يستحق علي رد هذه السلعة بهذا العيب لجواز أن يكون العيب متقدماً لكن علم به المشتري أو تصرف فيه بعد علم ولا يكون له رده.

والوجه الثاني: أن يمينه تكون مطابقة لقوله فيحلف بالله لقد باعه هذه السلعة ما بها هذا العيب لأن جوابه بهذا التصريح ينفي عنه ما ذكرنا من الاحتمال.

فصل: فأما المزني فإنه قال: يجب أن تكون يمين البائع بالله لقد أقبضته بريئاً من هذا العيب قال لأن العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض مضمون على البائع يستحق به المشتري الفسخ فلا يؤمن أن يكون ذلك العيب قد حدث بعد البيع وقبل القبض مضمون على البائع يستحق به المشتري الفسخ فلا يؤمن أن يكون ذلك العيب قد حدث بعد البيع وقبل القبض فإذا حلف لقد باعه بريئاً من هذا العيب برّ في يمينه مع استحقاق الرد.

والجواب عنه أن يمين البائع يجب أن تكون مطابقة لدعوى المشتري فإن كانت دعوى المشتري أن البائع باع معيباً حلف البائع بالله لقد باعه بريئاً من هذا العيب ولم يلزمه أن يحلف لقد أقبضه معيباً حلف البائع بالله لقد أقبضه بريئاً من هذا العيب، وإن كانت دعوى

المشتري أن البائـع أقبضه بـرياً من هـذا العيب ولم يُجْزِه أن يحلف لقـد باعـه بريـاً من هذا العيب فإن قال المزني فما ذكرته أحوط قيل له فأنت فإن احتطت للمشتري فيلزمك أن تحتاط أيضاً للبائع فيجب أن يكون يمينه بالله لا يستحق عليـه رد هذه السلعـة بهذا العيب خـوفاً من أن يكون المشتري قد علم العيب مع تقديمه وأمسك عن الرد بعـد علمه فيكـون اليمين على هذه الصفة فيضمن الاحتياط للبائع والمشتري وهذا أولى.

فصل: وإذا ثبت تقدم العيب كان ردّ المشتري معتبراً بثلاثة شروط:

أحدها: أن لا يكون قد علم بالعيب قبل العقد فلو كان قـد علم به ولم يعلم أنـه عيب يوكس الثمن ويوجب الفسخ فلا ردّ له لأنه كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه ولأن استحقـاق الرد حكم والجهل بالأحكام لا يسقطها، فلو كان شاهد العيب قديمـاً وقال ظننت أنـه قد زال فلا تأثير لهذا القول ولا ردّ له لأن الأصل بقاء العيب.

والشرط الثاني: تعجيل الرد بعد علمه بـالعيب على الفور حسب الإمكـان المعتاد فلو وقف على العيب ليـلاً لم يلزمه رده في الحـال حتى يصبح اعتبـاراً بالعـرف ولو علم بـه وهو ممنوع بغيبة أو مرض كان على حقـه إلى أن يزول المنـع فلو بادر بـرده حين علم بعيبه فلقي البائع و أقبل على محادثتـه ثم أراد الرد فـلا رد له لأن أخـذه في الكلام مـع إمساكـه عن الرد إسقاط لحقه منه ولو كان حين لقيه رده عليه قبل سلامه عليه كان له ذلك ولـو رده بعد سـلامه فقد حكي عن محمد بن الحسن أن لا رد لـه حتى يردّ قبـل السلام لأن السـلام اشتغال بغيـر الرد كالكلام وهذا غير صحيح بل له الرد وسلامه لا يمنع منه لجريـان العرف أدبـاً وشرعـاً به ولأن السلام قريب لا يطول به الزمان ولا تنقطع به الموالاة.

والشرط الثالث: أن لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه لأن الاستعمال ينافي الرد، فإن استعمله بطل حقه من الرد والأرش معاً إلا أن يكـون يسيراً جـرت العادة بمثله في غيـر ملكه كقوله للجـارية المبيعـة وقد وقف على عيبهـا أغلقي الباب أو نـاوليني الثوب فـلا يكون هـذا اليسير وما جرى مجراه مانعاً من الرد لأن العرف جار بمثله في غير ماله، فلو كان المبيع دابـة فحين علم بعيبها ركبها لردها فقـد اختلف أصحابنـا هل يكـون هذا الـركوب مـانعاً من الـرد بالعيب على وجهين:

أحدهما: لا رد له لأنه تصرف لم تجر به العادة في غير ملك إلا بإذن المالك.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سـريج: لـه الرد، لأن الـركوب عجـل له في الرد وأصلح للدابة من القود ولكن لو كان المبيع ثـوباً فحين وقف على عيبـه لبسه ليـرده على بايعه لم يجز، وكان هذا اللبس مانعاً من الرد بـالعيب لأن العادة لم تجر به ولأنـه لا مصلحة للثوب في لبسه ولو كان لابساً للثوب فوقف على عيبه في الطريق فتوجه ليرده مستديماً للبسـه جاز ولم يمنعه ذلك من الرد وإن العادة لم تجر في الطريق بنزعه.

فصل: وإذا وجد المشتري بالمبيع عيباً يمكن حدوثه، فجعل القول فيه قول البائع مع يمينه والزم المشتري العيب ثم اختلفا في الثمن فتحالفا ورد المبيع على البائع فطالب المشتري بأرش العيب الذي حلف على حدوثه فليس له ذلك ويصير القول فيه قول المشتري مع يمينه ولا أرش عليه لأننا إنما جعلنا القول فيه قول البائع مع سلامة العقد في سقوط الرجوع عليه بالأرش اعتباراً ببراءة ذمته فوجب إذا انفسخ العقد أن يصير القول قول المشتري في سقوط الرجوع عليه بالأرش اعتباراً ببراءة ذمته.

مسألة: **قَالَ المزني**. «وَسَمِعْتُ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ كُلّ مَا اشْتَرَيْتَ مِمَّا يَكُونُ مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ فَكَسَرْتَهُ فَأَصَبْتَهُ فَاسِداً فَلَكَ رَدُّهُ وَمَا بَيْنَ قِيمَتِهِ فَاسِداً صَحِيحاً وَقِيمَتَهُ فَاسِداً مَكْسُوراً وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُما أَنْ لَيْسَ لَهُ الرَّدُّ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ الْبَائِعُ وَلِلْمُشْتَرِي مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ صَحِيحاً وَفَاسِداً إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لَهُ قِيمَةٌ فَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ (قال المزني) هَذَا أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ لأَنَّهُ لَا يَرُدُّ الرَّانِجَ مَكْسُوراً كَمَا لَا يَرُدُّ الثَّوْبَ مَقْطُوعاً إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ الْبَائِعُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

إذا اشترى شيئاً فكسره أو قطعه ثم وجد به بعد الكسر أو القطع عيباً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكسره أو يقطعه لاستعلام العيب كثوب قطعه قميصاً.

والثاني: أن يكون كسره وقطّعه لغير استعلام العيب، فإن كان لغير استعلام العيب كثوب قطعه قميصاً ثم وجده معيباً لم يلزم البائع أن يسترده معيباً وكان للمشتري أن يرجع بأرشه إلا أن يرضى البائع قبوله مقطوعاً فلا أرش للمشتري ما لم يكن له فيه خياطة وإن كان لاستعلام العيب لم يخل ذلك من أحد أمرين:

إما أن يكون لفاسده قيمة أو لا فإن كان مما لا قيمة لفاسده كبيضة فاسدة مذرة أو جوزة فارغة أو بطيخة زائدة فللمشتري في مثل هذا أن يرجع بجميع الثمن لأن ما لا قيمة له لا تصح المعاوضة عليه.

وإن كان مما نقد قيمته كبيض النعام إذا تغير أو البطيخ إذا حمض أو الجوز واللوز إذا زنخ، فينبغي أن يعتبر حال كسره فإنه لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون مما لا يوصل إلى معرفة عينه إلا بمثله أو يكون أكثر فإن كان مما لا يوصل إلى معرفة عينه إلا بمثله فهل للمشتري أن يرده مكسوراً أم لا على قولين: **أحدهما**: لا ردّ له لنقصه عما أخذه وله الرجوع بالأرش، وهو أن يقوم صحيحاً سليماً وصحيحاً معيباً ثم يرجع بما بينهما من الثمن لا من

القيمة فإن كان قيمته صحيحاً سليماً عشرة وقيمته صحيحاً معيباً ثمانية فقدر العيب الخمس فرجع على البائع بخمس الثمن قلّ أو كثر.

والقول الثاني: وهو أصح: أن هذا الكسر لا يمنع من الرد لأنه لما كان لا يوصل إلى معرفة العيب إلا به كان كالمأذون فيه وجرى مجرى المصراة التي لا يمنع حلبها من ردها فعلى هذا إذا ردّ هل يلزمه أن يرد معه أرش الكسر على قولين: **أحدهما**: لا يرد أرش النقص بالخمس لأنه في حكم المأذون.

والقول الثاني: يرد معه أرش النقص كما يرد الصاع بدلاً من لبن المصراة فعلى هذا يرد أرش كسره من القيمة دون الثمن وهو أن يقوم صحيحاً معيباً فيقال عشرة دراهم ثم يقوّم مكسوراً معيباً فيقال ثمانية دراهم فيكون قدر الأرش درهمين، فأما إذا كان الكسر كسراً قد يصل إلى معرفة عيب بأقل منه كالبطيخ الذي يصل إلى علم حلوه من حامضه بتقبه دون كسره فقد اختلف أصحابنا فيه إذا كسره على وجهين:

أحدهما: وهو قول إبي إسحاق المروزي أنه على قولين كما مضى سواء.

والثاني: وهو قول أبي حامد المروزي وجمهور أصحابنا لا ردّ له قولاً واحداً لأن الزيادة في الكسر ليست لاستعلام العيب فلما منعت من الرد لو انفردت فأولى أن تمنع إذا شاركت

فأما المزني فإنه اختار أحد القولين وهو المنع من الرد احتجاجاً بأنه لم يرد الثوب مقطوعاً لم يرد الرانج مكسوراً وكذلك الجوز واللوز فيقال له إنما لا ترد الثوب مقطوعاً لأنه نقص لغير استعلام العيب وكسر الرانج والجوز لاستعلام العيب.

فصل: إذا اشترى ثوباً مطوياً فنشره صح الشراء إن كان مطوياً على طاقتين ليرى جميع الثوب من جانبيه وإن كان مطوياً على أكثر من طاقتين لم يصح البيع إلا أن يكون على خيار الرؤية فيكون جوابه على ما مضى.

فإما إذا نشره بعد صحة بيعه فإن كان نشره لا ينقص من قيمته كان له رده منشوراً بما وجد فيه من عيب وإن كان نشره ينقص من قيمته كالسخابي وما في معناه فيكون كالذي لا يوصل إلى معرفة عيبه إلا بكسره فيكون على قولين إلا أن ينشره من لا يحسن النشر فيكون على اختلاف أصحابنا في الوجهين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ بَاعَ عَبْدَهُ وَقَدْ جَنَى فَفِيهَا قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ كَمَا يَكُونُ الْعِتْقُ جَائِزاً وَعَلَى السَّيِّدِ الأَقَلُّ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْشِ جِنَايَتِهِ وَالثَّانِي أَنَّ الْبَيْعَ مَفْسُوخٌ مِنْ قِبَلِ أَنَّ الْجِنَايَةَ فِي عُنُقِهِ كَالرَّهْنِ فَيَرُدُّ الْبَيْعَ وَيُبَاعُ فَيُعْطَى رَبُّ الْجِنَايَةِ جِنَايَتَهُ

وَبِهَذَا أَقُولُ إلاَّ أَنْ يَتَطَوَّعَ السَّيِّدُ بِدَفْعِ الْجِنَايَةِ أَوْ قِيمَةِ الْعَبْدِ إِنْ كَانَتْ جِنَايَتُهُ أَكْثَرَ كَمَا يَكُونُ هَذَا فِي الرَّهْنِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

اعلم أن جناية العبد إذا تعلقت برقبته نوعان: نوع يوجب القود ونوع يوجب المال، فأما الموجبة للقود فغير مانعة من جواز بيعه لأنه يوجب القود معرض للتلف وذلك لا يمنع من جواز البيع كالمرض فإن باعه ثم أقبض منه فقد اختلف أصحابنا هل يكون قبله بالقصاص يجري مجرى استحقاقه بالغصب أو مجرى تلفه بالمرض فقال أبو إسحاق المروزي: يجري ذلك مجرى استحقاقه بالغصب، فعلى هذا يكون للمشتري أن يرجع بثمنه سواء علم بجنايته أو لم يعلم.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: بل يجري ذلك مجرى تلفه بالمرض. فعلى هذا لا رجوع له بالثمن لتلف ذلك في يده ويرجع بالأرش إن لم يكن عالماً بجنايته ولا يرجع به إن كان عالماً بجنايته.

فصل: فإن كانت الجناية موجبة للمال فهي مانعة من بيعه ما لم يقده السيد من جنايته، فإن باعه قبل أن يقديه منها لم يخل السيد من أن يكون موسراً بالجناية أو معسراً؛ فإن كان معسراً بها بطل بيعه لأن أرش الجناية مستحق وتقديمها أحق وإن كان موسراً بها ففي بيعه قولان:

أحدهما: أن بيعه جائز لبقائه على ملكه فيبقى حكمه على ما كان من قبل في جواز تصرفه وهذا قول أبي حنيفة.

والقول الثاني: وهو أظهر: أن بيعه باطل لأن تعلق الجناية برقبته أوكد من تعلق الرهن بها لتقديم الجناية عند اجتماعهما فلما كان رهنه مانعاً من جواز بيعه فأولى أن تكون الجناية مانعة من جواز بيعه فعلى هذا القول يكون بيعه باطلاً فداه السيد من بعد أم لا، وسواء أقل أرش الجناية أو كثر فأما إذا قيل بالأول أن بيعه جائز فإن السيد مأخوذ بفكه من جنايته فإن كانت الجناية بإزاء قيمته فما دون بجميعها وإن كانت الجناية أكثر من قيمته فعلى قولين:

أحدهما: عليه أن يفديه بجميعها وإن زادت على قيمته أضعافاً لأنه بالمنع منه قطع رغبة الراغبين فيه.

والثاني: عليه أن يفديه بقدر قيمته لا غير لأن الزيادة لم تتعلق بها الجناية فإن فداه من جنايته استقر البيع وصح وإن امتنع أن يفديه منها فهل يؤخذ أرشها منه جبراً أو يفسخ البيع وتباع في الأرش على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يجبر على دفع الأرش لأنه لا يضمنه لكن يفسخ عليه البيع ليباع في الأرش.

والوجه الثاني: يؤخذ منه الأرش جبراً ولا يفسخ البيع لأن حق المشتري قد تعلق به وهو بالبيع ملتزم لفديه.

مسألة: **قال المزني**: قُلْتُ أَنَا قَوْلَهُ كَمَا يَكُونُ الْعِتْقُ جَائِزاً تَجْوِيزٌ مِنْهُ لِلْعِتْقِ وَقَدْ سَوَّى فِي الرَّهْنِ بَيْنَ إِبْطَالِ الْبَيْعِ وَالْعِتْقِ فَإِذَا جَازَ الْعِتْقُ فِي الْجِنَايَةِ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ مِثْلُهُ؟».

قال الماوردي: وأما عتق السيد لعبده الجاني فمعتبر بحال جنايته فإن كانت موجبة للقود فعتقه نافذ سواء كان موسراً أو معسراً وللمجني عليه أن يقتص منه بعد العتق كما كان له الاقتصاص قبل العتق وإن كانت الجناية موجبة للمال نظر حال السيد فإن كان موسراً بالجناية كان عتقه نافذاً ويلزمه ضمان أرش الجناية لا يختلف لاستهلاكه العبد بالعتق كما لو استهلكه بالقتل، ويكون ضامناً لأقل الأمرين: من قيمته أو أرش جنايته، لا تختلف لأن العبد بالعتق مستهلك بخلاف البيع وإن كان السيد معسراً ففي نفوذ عتقه قولان:

أحدهما: لا ينفذ عتقه كما لا يصح بيعه.

والثاني: عتقه نافذ بخلاف البيع لأن في العتق حقاً لله تعالى، لا يمكن إسقاطه بعد ثبوته وخالف البيع الذي يفسخ بعد عقده فعلى هذا يكون ضامناً لأرش جنايته بأقل الأمرين في ذمته.

وأما قول المزني إن الشافعي قد سوى بين بيع المرهون وعتقه وكذا يجب أن يسوي بين بيع الجاني وعتقه فهذا سهو منه لأن الشافعي خالف بين بيع المرهون وعتقه لأنه أبطل بيعه قولاً واحداً وله في عتقه ثلاثة أقاويل فكذا يجب أن يختلف الحكم في بيع الجاني وعتقه لأن حكم العتق أقوى وأنفذ من البيع.

مسألة: هل يملك العبد أم لا

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنِ اشْتَرَى عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ فَيَكُونَ مَبِيعاً».

قال الماوردي: لا خلاف بين الفقهاء أن العبد لا يملك بالميراث ولا يملك ما لم يملّكه السيد واختلفوا هل يملك إذا ملكه السيد مالاً أم لا بعد اتفاقهم أنه يملك بضع زوجته؟.

فقال مالك وداود وهو قول الشافعي في القديم أن العبد يملك المال بتمليك سيده حتى يجوز له أن يشتري ويتصرف في المال كيف يشاء.

وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد إن العبد لا يملك المال وإن ملكه سيده ولا يجوز أن يشتري ولا يتصرف فيما بيده إلا بإذن سيده واستدل من ذهب إلى أن العبد يملك لقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٢]، فأخبر أنه يغنيهم ومن لا يملك لا يوصف بالغنى، وبما روى الزهري عن سالم عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»(١) فأضاف المال إليه بلام التمليك فدل على أنه يملك، وبما روي «أَنَّ سَلْمَانَ الْفَارِسِيَّ وَكَانَ عَبْداً حَمَلَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَبْلَ إِسْلَامِهِ طَبَقاً فِيهِ رُطَبٌ لِيَخْتَبِرَ حَالَ نُبُوَّتِهِ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ مَا هَذَا قَالَ صَدَقَةٌ فَرَدَّهُ عَلَيْهِ وَقَالَ: إِنَّا لاَ يَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ ثُمَّ جَاءَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِطَبَقٍ آخَرَ فَقَالَ مَا هَذَا فَقَالَ هَدِيَّةٌ فَقَبِلَهُ فَقَالَ: إِنَّا نَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَنُكَافِىءُ عَلَيْهَا»(٢)، فلو كان العبد لا يملك لما استجاز رسول الله ﷺ قبول هديته ولأنه آدمي فجاز أن يملك كالحر، ولأن الرق لا يمنع من جواز الملك كالمكاتب، ولأن كل من ملك شيئاً ملك بدله فلما ثبت أن العبد يملك بضع زوجته وجب أن يصح منه ملك بدله وهو المهر ولأن كل من صح أن يملك البضع نكاحاً صح أن يملكه شراء كالحر ولأن كل من ملك عليه المال في ذمته ملكه في غيره كالمكاتب.

والدليل عل صحة ما قاله في الجديد أن العبد لا يملك وإن ملك قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥] وفيها دليلان أحدهما أنه نفى عنه القدرة فكانت على عمومها في الملك وغيره ولأنه لما نفى عنه القدرة وقد تساوى الحر في البطش والقوة دل على أنه أراد ما يخالف الحر فيه من القدرة على الملك دون غيره وقال تعالى: ﴿ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلاً مِنْ أَنْفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ شُرَكَاء فِيمَا رَزَقْنَاكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ﴾ [الروم: ٢٨]. وموضع الدليل من هذه الآية أن الله تعالى ضربها مثلاً لنفسه فقال لما كان عبيدكم الذين ملكت أيمانكم لا يشاركونكم في أملاككم كذلك أنتم عبيدي لا تشاركوني في ملكي فلو قيل إن العبد يملك مثل سيده بطل ضرب المثل به.

وروي عن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ، فوجه الدليل فيه أنه لما جعل مال العبد لسيده في حال زوال ملكه وارتفاع يده فأولى أن يكون لسيده في حال ملكه وثبوت يده ودليل ثانٍ من الخبر وهو أن الملك تابع للمالك فلو كان ما أضيف إلى العبد من المال ملكاً له لوجب أن ينتقل وجه فلما لم ينتقل وكان ملكاً للسيد بأن بان من قبل على ملك السيد. ولأنه مملوك فلم يجز أن يكون مالكاً كالبهيمة ولأن الآدميين

---

(١) أخرجه البخاري ٥/٤٩ حديث (٢٣٧٩) ومسلم ٣/١١٧٣ حديث (٨٠/١٥٤٣).
(٢) أخرجه أحمد في المسند ٥/٣٥٤.

صنفان: مالكون ومملوكون فلما لم يجز أن يكون المالك مملوكاً لم يجز أن يكون المملوك مالكاً ولأن الفرق الذي فيه من جنس الرق الذي في غيره فلما لم يجز أن يملك رق نفسه لم يجز أن يملك رق غيره وتحريره قياساً أنه رقيق فلم يجز أن يملك الرقيق قياساً على رق نفسه؛ ولأن الإرث من أقوى أسباب الملك لحصول الملك به من غير قصد، فلما لم يملك العبد بالإرث وهو من أقوى أسباب التمليكات فأولى أن لا يملك بأضعف أسباب التمليكات وتحريره علة أن كل سبب ليملك به المال لم يملك به العبد كالإرث ولأن الرق ينافي الملك بدليل أن حدوثه يزيل ملك الحربي فلما كان الرق قاطعاً لاستدامة الملك فأولى أن يكون مانعاً من ابتداء الملك ولأن تمليكه العبد يؤدي إلى تناقض الأحكام وهو أن يملك العبد عبداً فيملكه مالاً فيشتري مولاه من سيده فيصير كل واحد من العبدين سيداً لصاحبه فتتناقض أحكامهما لأن كل واحد منهما يصير قاهراً لأن سيده مقهوراً لأنه عبد وعليه النفقة لأنه سيد وله النفقة لأنه عبد وما أدى إلى تناقض الأحكام منع منه كالزوجية إذا تملكت زوجها لما كان اجتماع الزوجين والملك متناقضاً أبطلت الزوجية وأثبتت الملك وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٢]. فهو ما ذكرنا من التأويل أن يغنيهم بحلال الوطء عن حرامه على أنه يحمل على غناهم بالمال بعد العتق، وأما الجواب عن قوله من باع عبداً وله مال فهو ما ذكرناه من الاستدلال منه وأما الجواب عن حديث سلمان رضي الله عنه فمن وجهين:

أحدهما: أن سلمان لم يكن عبداً وإنما كان حراً مغصوباً **والجواب الثاني**: أنه كان قد أهدى بإذن سيده لأن من جعل مالكاً منعه من الهدية إلا بإذن سيده وأما الجواب عن المكاتب فهو عندنا غير مالك وإنما يجوز له التصرف فيما بيده.

والسيد ممنوع لأجل الكتاب من انتزاع ما في يده ليحصل له الأداء فيعتق ولو جاز له انتزاعه لأعوزه الأداء.

وأما الجواب عن قياسهم على الحر فهو أن المعنى في الحر أنه لما ملك أرش الجناية عليه ملك غيره ولما لم يملك العبد أرش الجناية لم يملك غيره.

وأما الجواب عن قولهم إن من ملك شيئاً ملك بدله فهو أن العبد ليس يملك البضع وإنما يستبيح الاستمتاع به من الزوجة والعبد والحر في الاستباحة سواء كما يستويان في أكل الميتة عند الضرورة ومن هذا الوجه خالف عقد النكاح ملك اليمين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَمَا جَازَ أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ مَالِهِ جَازَ أَنْ يَبِيعَهُ مِنْ مَالِ عَبْدِهِ وَمَا حَرُمَ مِنْ ذَلِكَ حَرُمَ مِنْ هَذَا فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ «مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ» (قال الشافعي) فَدَلَّ عَلَى أَنَّ مَالَ الْعَبْدِ لِمَالِكِ الْعَبْدِ فَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ شَيْئاً وَلَوْ كَانَ اشْتَرَطَ مَالَهُ مَجْهُولاً وَقَدْ يَكُونُ دَيْناً وَاشْتَرَاهُ بِدَيْنٍ كَانَ هَذَا بَيْعَ

الْغَرَرِ وَشِرَاءُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ فَمَعْنَى قَوْلِهِ «إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ» عَلَى مَعْنَى مَا حَلَّ كَمَا أَبَاحَ اللهُ وَرَسُولُهُ الْبَيْعَ مُطْلَقاً عَلَى مَعْنَى مَا يَحِلُّ لاَ عَلَى مَا يَحْرُمُ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا وَقَدْ كَانَ الشَّافِعِيُّ قَالَ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِط مَالَهُ وَإِنْ كَانَ مَجْهُولاً لأَنَّه تَبَعٌ لَهُ كَمَا يَجُوزُ حَمْلُ الأَمَةِ تَبَعاً لَهَا وَحُقُوقُ الدَّارِ تَبَعاً لَهَا وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْحَمْلِ دُونَ أُمِّهِ وَلاَ حُقُوقِ الدَّارِ دُونَهَا ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ إِلَى مَا قَالَ فِي هَذَا الْكِتَابِ (قال المزنيّ) وَالَّذِي رَجَعَ إِلَيْهِ أَصَحُّ».

قال الماوردي: وقد مضى القولان في ملك العبد إذا ملك ودللنا على أن أصح القولين ما قاله في الجديد أنه لا يملك إذا ملك فإذا باع السيد عبده وقد ملكه مالاً لم يخل حال العقد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترطا إخراج ماله من العقد.

والثاني: أن يشترطا إدخال ماله في البيع.

والثالث: أن يطلقا فإن شرطا إخراج ماله خرج ولم يدخل في البيع على القولين معاً وكذا لو أطلقا العقد فلم يدخل مال العبد في البيع على كلا القولين بخلاف قول الحسن البصري لقوله ﷺ مَنْ أَعْتَقَ عَبْداً فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ وكذا لو أعتقه كان جميع ما ملكه السيد دون العبد على قولين جميعاً وقال مالك يكون ملكاً للعبد دون السيد وهذا خطأ لقوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْمُعْتِقِ» وهذا نص فأما إذا اشترطا دخول ماله في البيع فإن حكمه يختلف على اختلاف القولين، فعلى قوله في الجديد إن العبد لا يملك إذا ملك لا يصح اشتراط ماله حتى يسلم ماله من الجهالة والغرر والربا على الوجه الذي يصح أن يفرد بالعقد يصح أن يشترط تبعاً للعبد فلو كان ماله غائباً أو مجهولاً أو ديناً، والثمن دين أو ذهب ، والثمن ذهب أو فضة، والثمن فضة لم يجز وكان البيع باطلاً، ولو كان ماله ثياباً حاضرة أو عروضاً مشاهدة صح بيعه بالذهب والفضة، ولو كان ماله ذهباً فبيع بالفضة أو فضة فبيع بالذهب كان هذا العقد قد جمع مبيعاً وصرفا فيكون على قولين: فأما على قوله في القديم أن العبد يملك إذا ملك فيجوز اشتراط ماله معاً وإن كان غائباً أو مجهولاً واختلف أصحابنا في تعليل جوازه على هذا القول مع الغرر والجهالة فذهب أبو إسحاق المروزي إلى أن العلة فيه اشتراط المشتري له هو شرط لتبقية ماله عليه ومانع لانتزاع السيد ذلك من يده لأنه لو لم يشترط لكان للسيد انتزاعه من يده كما كان للبائع انتزاعه من يده فلما شرطه كان الشرط استيفاء إكماله ومنعاً للسيد من انتزاعه ثم يجوز للمشتري أن ينزع ماله من يده كما للبائع انتزاعه منه.

واستدل لصحة هذا التعليل لقوله ﷺ: «فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ» فجعله للمبتاع بالشرط لا بالشراء ولو كان يصير له بالشراء لقال: فماله للبائع إلا أن يشتريه المبتاع فعلى هذا التعليل لا يكون مال العبد مبيعاً منه فيصح المبيع وإن كان المال ديناً أو غائباً أو

مجهولاً أو مفضياً إلى الربا أو كان مستعاراً حتى لو كان مال السيد ألفي درهم وقد اشتراه بألف درهم صح الشراء وكان للمشتري أن ينزع الألفين من يده ويدفع إحداهما في ثمنه ويحصل له ألف وعبد بغير شيء دفعه من ماله.

وذهب أبو سعيد الإصطخري إلى أن تعليله وجوازه كون المال تبعاً له فصحت الجهالة فيه وإن كان مبيعاً معه كما يجوز البيع مع الجهالة بتوابع المبيع في الحمل واللبن وحقوق الدار والأرض ولو أفرد بالعقد لم يصح البيع مع الجهالة به كذا مال العبد يجوز بيعه تبعاً للعبد ولو كان مجهولاً ولا يصح بيعه مفرداً حتى يكون معلوماً فأما الربا فلا يصح العقد إلا مع سلامته منه لأن الربا لا تصح إباحته في الشرع تبعاً وتصح دخول الجهالة فيها تبعاً، فعلى هذا التعليل يجوز أن يشترط مال العبد وإن كان غائباً أو مجهولاً لجواز الجهالة في توابع العقد ولا يصح إذا كان ماله ألفي درهم أن يبتاعه بألف درهم ولا بألفي درهم لأجل الربا الذي لا يحل في العتق قصداً ولا تبعاً والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَحَرَامٌ التَّدْلِيسُ وَلا يَنْتَقِضُ بِهِ الْبَيْعُ (قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ بْنُ عَاصِمٍ) سَمِعْتُ الْمُزَنِيَّ يَقُولُ هَذَا غَلَطٌ عِنْدِي فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مُحَرَّماً بِالتَّدْلِيسِ كَانَ الْبَيْعُ بِالثَّمنِ المُحَرَّمِ مُنْتَقِضاً وَإِذَا قَالَ لَا يُنْتَقَضُ بِهِ الْبَيْعُ فَقَدْ ثَبَتَ تَحْلِيلُ الثَّمنِ غَيْرَ أَنَّهُ بِالتَّدْلِيسِ مَأْثُومٌ فَتَفَهَّمَ فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مُحَرَّماً وَبِهِ وَقَعَتِ الْعُقْدَةُ كَانَ الْبَيْعُ فَاسِداً أَرَأَيْتَ لَوْ اشْتَرَاهَا بِجَارِيَةٍ فَدَلَّسَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ كَمَا دَلَّسَ الْبَائِعُ بِمَا بَاعَ فَهَذَا إِذاً حَرَامٌ بِحَرَامٍ يَبْطُلُ بِهِ الْبَيْعُ فَلَيْسَ كَذَلِكَ إِنَّمَا حَرُمَ عَلَيْهِ التَّدْلِيسُ والْبَيْعُ فِي نَفْسِهِ جَائِزٌ وَلَوْ كَانَ مِنْ أَحَدِهِمَا سَبَبٌ يُحَرِّمُ فَلَيْسَ السَّبَبُ هُوَ الْبَيْعَ وَلَوْ كَانَ هُوَ السَّبَبَ حَرُمَ الْبَيْعُ وَفَسَدَ الشِّرَاءُ فَتَفَهَّمْ».

قال الماوردي: وإنما كان التدليس حراماً لرواية الشافعي عن سفيان عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبيّ - رضي الله عنه - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: مَرَّ بِرَجُلٍ يَبِيعُ طَعَاماً فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ فَإِذَا هُوَ طَعَامٌ مَبْلُولٌ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ غَشَّنَا»[1] وَقَالَ ﷺ: لِحِبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ: «لَا خِلَابَةَ فِي الإِسْلَامِ» أي لا خديعة.

وَرُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ «أَنَّهُ قَالَ لَا شَوبَ وَلَا رَوْبَ[2]» أي لا غش ولا تغليط فإن دلس في بيعه كان البيع صحيحاً لا يبطل بتدليسه. وقال داود بن علي البيع باطل بالتدليس وهذا

(١) أخرجه مسلم ٩٩/١ في الإيمان حديث (١٠٢/١٦٤) والترمذي ٦٠٦/٣ حديث (٣١٥) وقال: حسن وابن ماجة حديث (٢٢٢٤).

(١) ذكره ابن الأثير في النهاية ٥٠٧/٢.

خطأ، لما روي أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ التَّصْرِيَةِ» وجعلها تدليساً ثم قال: مَنِ ٱبْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعاً ولو كان البيع باطلاً بالتدليس لردّ ولم يخير ولأن النهي إذا توجه إلى المعقود عليه كان مبطلاً للعقد كالنهي عن بيع الملامسة والمنابذة وإذا كان لمعنى في المتعاقدين لم يكن النهي مبطلاً للعقد كالنهي أن يبيع الرجل على بيع أخيه والنهي عن التدليس بمعنى في العاقد دون المعقود فلم يكن النهي مبطلاً له.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَكْرَهُ بَيْعَ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يَعْصِرُ الخمرَ وَالسَّيْفِ مِمَّنْ يَعْصِي اللَّهَ بِهِ وَلاَ أَنْقُضُ الْبَيْعَ».

قال الماوردي: وإنما كرهنا بيع العصير من التمر والزبيب والعنب على من يعصر الخمر وبيع اللصوص وقطاع الطرق وأهل البغي لما فيه من معونتهم على المعصية وإن كان البيع صحيحاً لأمرين:

أحدهما: أن المعصية ليست في الحال وإنما هي مظنونة في ثاني الحال فلم يمنع صحة البيع في الحال.

والثاني: أنه قد يجوز أن لا يعصي الله تعالى به فيجعل العصير خلاً ويجاهر بالسلاح في سبيل الله تعالى.

فصل: فأما بيع السلاح على أهل الحرب فحرام لما فيه من تقوية أعداء الله على أهل دين الله، فإن بيع السلاح عليهم لم يجز في العقد وجهان:

أحدهما: البيع باطل لتحريم إمضائه.

والثاني: صحيح، ولكن ينفسخ عليهم والوجهان مخرجان من اختلاف قولين في الذمي إذا اشترى عبداً مسلماً:

أحدهما: العقد باطل.

والثاني: صحيح، ولكن يفسخ عليه ويؤمر ببيعه وكذا المصحف إذا بيع عليه يكون العقد باطلاً في أحد القولين وصحيحاً في القول الثاني لكن يفسخ عليه، فأما بيع أحاديث رسول الله ﷺ على أهل الذمة وبيع كتب الفقه عليهم فالبيع صحيح وهل يفسخ عليهم على وجهين:

أحدهما: يفسخ عليهم خوفاً من تبديلهم.

والثاني: لا يفسخ عليهم لأنهم ربما استدلوا فيها على صحة الاسلام ودفعهم ذلك على الدخول فيه. والله أعلم.

بَابُ بَيْعِ البَرَاءةِ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَالَى: «إِذَا بَـاعَ الرَّجُـلُ شَيْئاً مِنَ الْحَيَـوَانِ بِالْبَـرَاءَةِ فَالَّذِي أَذْهَبُ إِلَيْهِ قَضَاءُ عُثْمَـانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّـهُ بَرِيءٌ مِنْ كُـلِّ عَيْبٍ لَمْ يَعْلَمْهُ وَلاَ يَبْـرَأُ مِنْ عَيْبٍ عَلِمَهُ وَلَمْ يُسَمِّهِ لَهُ وَيَقِفْهُ عَلَيْهِ تَقْلِيداً فَإِنَّ الْحَيَوَانَ مُفَارِقٌ لِمَا سِوَاهُ لأَنَّهُ لاَ يُفْتَدَى بِالصِّحَّةِ وَالسُّقْمِ وَتَحَوُّلِ طَبَائِعِـهِ فَقَلَّمَا يَبْـرَأُ مِنْ عَيْبٍ يَخْفَى أَوْ يَظْهَـرُ وَإِنْ أُصِحَّ فِي القِيَـاسِ لَوْلاَ مَـا وَصَفْنَا مِنْ افْتِرَاقِ الْحَيَوَانِ وَغَيْرِهِ أَنْ لاَ يَبْرَأَ مِنْ عُيُوبٍ تَخْفَى لَهُ لَمْ يَرَهَا وَلَوْ سَمَّاهَا لِاخْتِـلاَفِهَا أَوْ يَبْرَأَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ وَالأَوَّلُ أَصَحُّ».

قال الماوردي: اعلم أن البيع بشرط البراءة من العيوب على ثلاثة أضرب.

أحدها: أنه يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها.

والثاني: أنه يبرأ من عيوب سماها ولم يقف المشتري عليها.

والثالث: أنه يبرأ من كل عيب بها من غير أن يسميها ولا يقف المشتري عليها.

أما الضرب الأول: وهو أن يبرأ من عيوب سماهـا ووقف المشتري عليهـا وهذه بـراءة صحيحة من بيعٍ جائز لا تنفي الجهالة عن البراءة ولزوم شرط في العقد فـإن وجد المشتـري بالمبيع غير تلك العيوب كان له الرد وإن لم يجد إلا تلك العيوب فليس له الرد.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن يبرأ من عيـوب سماهـا ولم يقف المشتري عليهـا فهذا على ضربين.

أحدهما: أن تكون العيوب لازمة كالبرص والجذام.

والثاني: أن تكون غير لازمة كالسرقة والإباق: فإن كانت غير لازمة صحت البراءة منها بالتسمية لها لأنها غير مشاهدة فلم يمكن الوقوف عليها واكتفى بالتسمية لها لأن لنقص العيب قسطاً من الثمن يزيد بزيادة العيب وينقص بنقصانه فصارت التسمية لها مـع عدم مشـاهدتهـا جهلاً بها.

فصل: وأما الضرب الثالث: فهو أن يبرأ البتة من كل عيب بهـا من غير أن يسميهـا ولا يقف المشتـري عليها فـالذي نص عليـه الشافعي في اختـلاف أبي حنيفـة وابن أبي ليلى أن الذي يذهب إليـه في الحيوان قضـاء عثمان بن عفـان رضي الله عنه أن يبـرأ من كل عيب لم

يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه حتى يسميه للبائع ويقفه عليه تقليداً وأن الحيوان يفارق ما سواه وقال في اختلافه ومالك ولو ذهب ذاهب إلى أن من باع بالبراءة برىء مما علم ومما لم يعلم لكان مذهباً يجافيه حجة.

واختلف أصحابنا لاختلاف نصه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن خيران: أن المسألة على قول واحد وهو أن يبرأ في الحيوان من كل عيب لم يعلمه دون ما علمه ولا يبرأ في غير الحيوان من عيب أصلاً سواء علمه أو لم يعلمه.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يبرأ في الحيوان مما لم يعلمه دون ما علمه ولا يبرأ في غيره الحيوان مما علمه وهل يبرأ مما لم يعلمه على قولين.

والمذهب الثالث: وهو قو أبي العباس بن سريج وأبي سعيد الإصطخري وأبي حفص بن الوكيل: أن المسألة على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنه يبرأ من كل عيب علمه أو لم يعلمه في الحيوان أو في غير الحيوان وهذا قول أبي حنيفة.

والقول الثاني: أنه لا يبرأ من عيب أصلاً سواء علمه أو لم يعلمه في الحيوان وغيره.

والقول الثالث: أنه يبرأ في الحيوان مما لم يعلمه دون ما علمه ولا يبرأ في غير الحيوان لا مما علمه ولا مما لم يعلمه.

فإذا قيل بالأول أنه يبرأ من كل عيب وهو قول أبي حنيفة فوجهه قول رسول الله ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» وَلِمَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي مَوَارِيثَ قَدْ دَرَسَتْ وَتَقَادَمَتْ فَقَالَ لَهُمَا النَّبِيُّ ﷺ: «إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ أَحَدَكُمْ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئاً فَلَا يَأْخُذْهُ إِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ» فَبَكَيَا وَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْ تَرَكْتُ حَقِّي لِصَاحِبِي فَقَالَ ﷺ: «لَا وَلَكِنْ اقْتَسِمَا وَاسْتَهِمَا وَلْيُحْلِلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَهُ»[1] فلما أمرهما بالتحلل من المواريث المتقادمة المجهولة دل على جواز الإبراء من المجهول. ولأن الإبراء إسقاط حق فصح مجهولاً ومعلوماً كالعتق ولأن ما لا يفتقر إلى التسليم يصح مع الجهالة وما يفتقر إلى التسليم لا يصح مع الجهالة كالبيع فلما كان الإبراء لا يفتقر إلى التسليم صح في المجهول. وإذا قيل بالثاني أنه لا يبرأ من عيب فوجهه «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْغَرَرِ» والإبراء عن المجهول غرر لأنه لا يقف له على قدر ولأن الإبراء كالهبة غير أن الإبراء يختص بما في الذمة والهبة بالأعيان القائمة فلما لم تصح هبة المجهول

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٦/ ٢٣٠ وأبو داود ٤/ ١٤ حديث (٣٥٨٤) والحاكم ٤/ ٩٥ والبيهقي ١٠/ ٢٦٠ في كتاب الدعوى.

لم يصح الإبراء عن المجهول ولأن كل جهالة يمكن الاحتراز منها لم يعف عنها كالجهالة بتوابع المبيع كالأساس وأطراف الأجداع وطمي البئر فلما أمكن الاحتراز من الجهال في الابراء وجب أن تكون الجهال مانعة من صحة الإبراء ولأن الرد بالعيب مستحق بعد لزوم العقد فلم يجز أن يسقط بشرط قبل لزوم العقد لأنه إسقاط حق قبل وجوبه ألا ترى أن الشفيع لو عفا قبل الشراء لم تسقط شفعته بعد الشراء لأنه أسقطها قبل وجوبها كذلك البيع بشرط البراءة.

وإذا قيل بالثالث أنه يبرأ فى الحيوان مما لم نعلمه دون ما علمه ولا يبرأ في غير الحيوان مما علمه ومما لم يعلمه. فوجهه قضاء عثمان رضي الله عنه وهو مَا رُوِيَ أَنَّ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ ابْتَاعَ مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بِنْ عُمَرَ عَبْداً بِثَمَانِ مِائَةِ دِرْهَمٍ عَلَى شَرْطِ الْبَرَاءَةِ فَوَجَدَ بِالْعَبْدِ عَيْباً فَأَرَادَ رَدَّهُ عَلَى ابْنِ عُمَرَ فَلَمْ يَقْبَلْهُ فَتَحَاكَمَا فِيهِ إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ لابْنِ عُمَرَ: أَتَحْلِفُ أَنَّكَ لَمْ تَعْلَمْ بِهَذَا الْعَيْبِ فَاتَّقَى الْيَمِينَ وَاسْتَرَدَّ الْعَبْدَ فَبَاعَهُ بِأَلْفٍ وَسِتِّمِائَةِ دِرْهَمٍ فَقَالَ: تَرَكْتُ الْيَمِينَ لِلَّهِ فَعَوَّضَنِي فقد قضى عثمان رضي الله عنه بالفرق في عيوب الحيوان بين ما علمه وما لم يعلمه وحكم بالبراءة مما لم يعلم وتابعه زيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهما لأن زيداً رضي بقضائه وابن عمر لم يقل بخلافه وإنما امتنع من قبوله لأن العيب مما لم يعلم به. فإن قيل فإذا كان هذا إجماعاً فهلا استدل به الشافعي ولم يجعله تقليداً لعثمان قيل لأن التصريح بالحكم إنما كان من عثمان دون زيد وابن عمر وإنما كان إمساكهما اتباعاً لعثمان.

فإن قيل: لما قلد عثمان في هذا الحكم والتقليد عنده ليس بحجة، قيل؛ لأن قول عثمان في هذا الموضع حجة على مذهب الشافعي في القديم والجديد وإن لم يجز التقليد عنده.

أما على قوله في القديم فلأنه كان يرى قول الواحد من الصحابة إذا انتشر ولم يظهر خلافه حجة يقدم على القياس لا سيما إذا كان إماما وأما على قوله في الجديد فلأنه يرى أن قياس التقريب إذا انضم إلى قول صحابي كان أولى من قياس التحقيق وقد انضم إلى قضاء عثمان قياس تقريب فصار حجة يقدم على قياس التحقيق وهو ما ذكره الشافعي: في أن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذي بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يخلو من عيب وإن خفي فلم يكن الاحتراز من عيوبه الخفية بالإشارة إليها والوقوف عليها وليس كذلك في غير الحيوان لأنه قد يخلو من العيوب ويمكن الاحتراز منها بالإشارة إليها لظهورها فدل على افتراق الحيوان وغيره من جهة المعنى مع ما ذكرنا من قضية عثمان.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه الأقاويل انتقل الكلام إلى التفريع عليها فإن قلنا بالقول الأول إنه يبرأ من كل العيوب فإنما يبرأ من كل عيب به كان قبل العقد سواء كان

معلوماً ظاهراً أو غير معلوم خفي فأما ما حدث به من العيوب بعد العقد وقبل القبض فإنه لا يبرأ منها وللمشتري فسخ البيع بها وإنما لم يبرأ منها لحدوثها وإن الإبراء لا يصح من الحقوق قبل وجوبها. فلو اختلفا في العيب فقال المشتري هو حادث بعد العقد وقبل القبض فلي فسخ البيع به وقال البائع هو متقدم برئت منه فليس لك الفسخ به وأمكن ما قالا ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في العلة في اختلاف البائع والمشتري في العيب إذا ادعى المشتري تقدم العيب على القبض ليفسخ به البيع وادعى البائع حدوثه في يد المشتري ليمنع فسخ البيع أن القول قول البائع في حدوث العيب ولا فسخ للمشتري لكن اختلف أصحابنا في العلة الموجبة لذلك.

فمنهم من قال: إن العلة فيه إن حدث العيب يقين وتقدمه شك.

ومنهم من قال: إن العلة فيه أن دعوى المشتري تقتضي الفسخ ودعوى البائع توجب الإمضاء. فعلى قول من علل بأن حدوث العيب يقين وتقدمه شك فكان اليقين أولى أن يجعل القول في هذه المسألة قول المشتري ويجعل له الفسخ لأن دعواه تتضمن حدوث العيب دون تقدمه. وعلى قول من علل بأن ما أوجب الإمضاء أولى مما اقتضى الفسخ فجعل القول في هذه المسألة قول البائع ويمنع المشتري من الفسخ لأن دعوى البائع تقتضي الإمضاء دون الفسخ.

وإذا قلنا بالقول الثاني أنه لا يبرأ من شيء من العيوب فقد بطل اشتراط البراءة فعلى هذا هل يبطل البيع ببطلان الشرط أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج أن البيع صحيح والشرط باطل لأن الشرط من توابع المبيع فلم يقدح في صحة البيع.

والثاني: وهو قول جمهور أصحابنا أن البيع باطل لبطلان الشرط لأنه شرط نافى موجب العقد كسائر الشروط المبطلة للعقد.

وإذا قلنا بالقول الثالث أنه لا يبرأ من عيوب غير الحيوان ويبرأ مما لم يعلمه من عيوب الحيوان فقد اختلف أصحابنا في المراد بما لم يعلمه على وجهين:

أحدهما: أن المراد به ما لم يكن معلوماً لخفائه سواء علمه البائع أو لم يعلمه.

والثاني: أن المراد به ما لم يعلمه البائع لجهله به سواء كان ظاهراً أو خفياً. والله تعالى أعلم بالصواب.

بَابُ بَيْعِ الأمة

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «إِذَا بَاعَهُ جَارِيَةً لَمْ يَكُنْ لأَحَدٍ مِنْهُمَا فِيهَا مُوَاضَعَةٌ فَإِذَا دَفَعَ الثَّمَنَ لَزِمَ الْبَائِعَ التَّسْلِيمُ وَلاَ يُجْبَرُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى إِخْرَاجِ مِلْكِهِ مِنْ يَدِهِ إِلَى غَيْرِهِ وَلَوْ كَانَ لاَ يَلْزَمُ دَفْعُ الثَّمَنِ حَتَّى تَحِيضَ وَتَطْهُرَ كَانَ الْبَيْعُ فَاسِداً لِلْجَهْلِ بِوَقْتِ دَفْعِ الثَّمَنِ وَفَسَادٍ آخَرَ أَنَّ الْجَارِيَةَ لاَ مُشْتَرَاةٌ شِرَاءَ الْعَيْنِ فَيَكُونَ لِصَاحِبِهَا أَخْذُهَا وَلاَ عَلَى بَيْعِ الصِّفَةِ فَيَكُونَ الأَجَلُ مَعْلُوماً وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْعَيْنِ إِلَى أَجَلٍ وَلاَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ حَمِيلاً بِعُهْدَةٍ وَلاَ بِوَجْهٍ وَإِنَّمَا التَّحَفُّظُ قَبْلَ الشِّرَاءِ».

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة أن الأمة المشتراة يجب استبراؤها لكن اختلفوا هل يجب استبراؤها على البائع أو على المشتري؟.

فمذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك وجمهور الفقهاء: أن الاستبراء يجب على المشتري في ملكه دون البائع. وقال عثمان البتي: الاستبراء واجب على البائع دون المشتري.

وقال الحسن البصري وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري: إن الاستبراء واجب على البائع وعلى المشتري.

وأما عثمان البتي فإنه استدل بأن الحرة لما وجب استبراؤها قبل عقد النكاح اقتضى أن تكون الأمة يجب استبراؤها قبل عقد البيع.

وأما الحسن البصري ومن تابعه فإنه استدل بأن الاستبراء يجب لحفظ الماء فجب على البائع أن يستبرىء لحفظ مائه السالف ووجب على المشتري أن يستبرىء لحفظ مائه الآنف. والدلالة على الفريقين ما رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لأَصْحَابِهِ فِي سَبْيِ هَوَازِنَ: أَلاَ لاَ تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلاَ حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ، فوجه الدليل منه على عثمان البتي أن النبي ﷺ نَهَى الْغَانِمِينَ عَنِ الْوطْءِ حَتَّى يَسْتَبْرِؤوا بَعْدَ حُدُوثِ الْمِلْكِ فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الاسْتِبْرَاءُ فِي الْمَبِيعَةِ بَعْدَ حُدُوثِ الْمِلْكِ. وموضع الدليل منه على الحسن البصري: أنه نهى عن الوطء حتى يوجد استبراء واحد وهو يمنع منه حتى يكون الاستبراء مرتين.

ثم الدليل عليهما من طريق المعنى: أن البائع لا يجب عليه استبراء. وهو أن بقاء ملك البائع لا يوجب إباحة الاستمتاع فلو وجب عليه أن يستبرىء لكان الملك باقياً والاستمتاع محرماً وإرادة البيع لا توجب انتقال الملك فوجب أن لا يوجب تحريم الاستمتاع. ولأن الأمة موطوءة في ملك فاقتضى أن يجب استبراؤها بعد زوال الملك كالزوجة.

فأما الجواب عن استدلال عثمان البتي بأن الحرة لما وجب استبراؤها قبل عقد النكاح اقتضى أن يجب استبراء الأمة قبل عقد البيع، فهو أن ما ذكره البتي لا يصح لأن الملك قد يكون بالسبي والإرث والوصية فلو لم يستبرئها المشتري أفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأسباب والفرق بين البيع والتزويج أن النكاح لا يراد إلا للاستمتاع فلا يجوز إلا فيمن تحل فوجب أن يتقدمه الاستبراء ولهذا لا يصح تزويج معتدة ولا مرتدة ولا مجوسية ولا وثنية ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة. والبيع يراد لغير ذلك فصح البيع قبل الاستبراء ولهذا صح في هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري.

وأما الجواب عن استدلال الحسن فإنهما ماآن فوجب لكل واحد منهما استبراء مائه فهو أن الاستبراء لماء واحد وهو البائع السالف دون المشتري الآنف، ألا ترى أن استبراء الحرة أغلظ من استبراء الأمة لأنها تستبرأ بثلاثة أقراء والأمة بقرء واحد فلما وجب على الحرة واحد مع تغليظ حالها فالأمة مع خفة أمرها أولى أن يلزمها استبراء واحد.

فصل: فإذا ثبت أن استبراء الأمة يجب في ملك المشتري دون البائع فللمشتري أن يتسملها ليكون الاستبراء على يده سواء كانت جميلة أو قبيحة.

وقال مالك إن كانت جميلة وجب أن توضع في مدة الاستبراء على يد عدل وإن كانت قبيحة جاز أن تستبرأ في يد المشتري لأن الجميلة تدعو الشهوة إليها فلا يؤمن من المشتري أن تغلبه الشهوة على وطئها قبل الاستبراء وليس كذلك القبيحة.

ودليلنا أن رسول الله ﷺ أَمَرَ الْغَانِمِينَ بِالاسْتِبْرَاءِ بَعْدَ حُصُولِ السَّبْيِ بِأَيْدِيهِمْ فَكَذَلِكَ الْمُشْتَرِي. ولأنه استبراء لاستحداث ملك فوجب أن يكون عند المشتري كالقبيحة الوحشة كان استبراؤها عند المالك. ولأن كل سبب إذا ملكت به القبيحة كان استبراؤها عند المالك فوجب إذا ملكت به الجميلة أن يكون استبراؤها عند المالك كالسبي فإن مالكاً يوافق عليه. ولأنه سلم ما لزمه من الثمن فوجب أن يستحق تسليم المثمن كسائر المبيعات ولا يدخل عليه السلم لأنه لم يلزمه تسليم المثمن. ولأنه لو وجب منع المشتري منها حتى تستبرأ لبطل من وجهين:

أحدهما: أنه عقد على عين لزم فيه تأخير القبض وهذا باطل.

والثاني: أن جهالة مدة الاستبراء تجعل الأجل مجهولاً وهذا باطل.

فأما احتجاج مالك بأنه لا يؤمن من المشتري غلبة شهوته فهذا المعنى موجود في العدل الموضوعة على يده وموجود في القبيحة إذا سلمت إلى المشتري فلما لم يكن هذا المعنى مانعاً من تسليم الوحشة إليه فكذلك لا يمنع من تسليم الجميلة إليه.

فصل: فإذا ثبت أن للمشتري أن يستبرئها على يديه فلا يخلو حال استبرائها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تستبرأ على يد المشتري فيصح الاستبراء وتصير مضمونة على المشتري بالقبض.

والقسم الثاني: أن تستبرأ على يد عدل فيجزىء هذا الاستبراء فأما ضمانها فلا يخلو حال من اختار العدل من ثلاثة أمور:

إما أن يختاره البائع فتكون الأمة في ضمانه، لأنه ينوب عمن اختاره. وإما أن يختاره المشتري فتكون من ضمانه لأنه ينوب عنه.

والثالث: أن يختاره البائع والمشتري فتكون من ضمان البائع دون المشتري لأن يد البائع لم تزل.

والقسم الثالث: أن تستبرأ في يد البائع بعد تمام البيع وقبل القبض فيصح هذا الاستبراء.

وقال أبو حنيفة لا يصح استبراؤها في يد البائع حتى يستبرئها المشتري في يده وهذا غلط لأنه استبراء في ملكه فوجب أن يجزىء كما لو كان في يده.

فصل: فإذا ثبت الاستبراء بعد حدوث الملك فكل من استحدث ملك أمة ببيع أو هبة أو ميراث أو سبي فعليه الاستبراء سواء كانت فراشاً لغيره أم لا. وسواء كانت كبيرة أو صغيرة بكراً أو ثيباً ويحرم في مدة الاستبراء وطؤها ولا يحرم استخدامها.

وأما الاستمتاع بها فيما سوى الوطء من القبلة والمضاجعة فمعتبر بحال الأمة: فإن كانت فراشاً من قبل لسيد أو زوج حرم الاستمتاع بها، لجواز أن تكون أم ولد لغيره أو في بقايا عصمة من زوج. وإن لم تكن فراشاً يوجب لحوق النسب بغيره كالتي لم يطأها سيد ولا زوج أو كالسبايا لم يحرم الاستمتاع بقبلتها ومضاجعتها وإن حرم وطؤها لأنه لو ظهر بها حمل لكانت به أمة مباحة بخلاف المستفرشة التي ظهر بها حمل فكانت عليه محرمة فأما ما يكون به الاستبراء فيذكر في موضعه من كتاب العدد إن شاء الله تعالى.

فصل: فلو ابتاع أمة وكانت في عدة من زوج وجب عليها أن تكمل ما بقي من عدة

الزوج ثم يستبرئها من بعد ولا يكون ما بقي من العدة نائباً عنها وعن الاستبراء لاختلافهما في السبب والحكم، لأن العدة تجب بزوال الملك عن البضع والاستبراء يجب لحدوث الملك للرقبة مع اختلافهما في القدر فلم يجز مع اختلافهما في هذين الوجهين أن يتداخلا. وكذا لو أن السيد زوج أمته ثم طلقها الزوج فعلى السيد إذا عادت إليه بعد طلاق الزوج أن يستبرئها؛ لأنه استحدث إباحة بضعها بالملك بعد تحريمه عليه. فإن كان الزوج قد طلقها قبل الدخول فعلى السيد الاستبراء ولا عدة عليها. وإن كان الزوج قد طلقها بعد الدخول فعليها العدة من فراق الزوج ثم الاستبراء لاستمتاع السيد ولا تنوب العدة عن الاستبراء كما لاينوب الاستبراء عن العدة. ولو كاتب السيد أمته ثم عادت إليه بالعجز حرم عليه وطؤها إلا بعد الاستبراء لأنها بالكتابة قد حرمت عليه. ولكن لو أجرها أو رهنها ثم عادت إليه لا يلزمه الاستبراء لأنها لم تحرم بالرهن والإجارة فلو أن رجلاً باع أمته ولم يقبضها المشتري حتى تفاسخا البيع بعيب أو إقالة وجب على البائع الاستبراء وإن لم تخرج عن يده لأن ملكه زال بالبيع ثم استحدثه بالفسخ. ولكن لو تفاسخا في خيار المجلس أو خيار الثلاث كان في وجوب الاستبراء قولان من اختلاف أقاويله في انتقال الملك.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ كَفِيلًا بِعُهْدَةٍ وَلَا بِوَجْهٍ وَإِنَّمَا التَّحَفُّظُ قَبْلَ الشِّرَاءِ».

قال الماوردي: إذا اشترى أمة لم يكن للمشتري مطالبة البائع بضامن من عهدة أو كفيل بنفس خوفاً من استحقاق الأمة وأن تكون أم ولد سواء كان البائع غريباً أم من أهل البلد.

وقال مالك: إن كان غريباً كان للمشتري مطالبته بكفيل بنفس أو ضمين لعهده استيثاقاً لحقه وإن لم يقم كفيلاً أو ضامناً كان للمشتري فسخ البيع إن شاء. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن ظاهر الحال سلامتها فلم يجز أن يعدل عن الظاهر بالظن.

والثاني: أنه قد كان يقدر على التحفظ من ذلك قبل الشراء بأن يشترط كفيلاً أو ضامناً في عقد الشراء فلم يستحق استدراك ذلك بعد الشراء. ألا ترى لو باع على غريب شيئاً بثمن إلى أجل لم يستحق مطالبة المشتري بضامن للثمن لإمكان التحفظ منه في العقد بالشرط.

فصل: فأما قول الشافعي كفيلاً بعهدة يريد ضمان الدرك. وقوله ولا بوجه يريد كفالة النفس وإنما التحفظ قبل الشراء يريد إذا شرطه في العقد.

بَابُ الْبَيْعِ مُرَابَحَةً

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: « فَإِذَا بَاعَهُ مُرَابَحَةً عَلَى الْعَشَرَةِ وَاحِدٌ وَقَالَ قَامَتْ عَلَيَّ بِمَائَةِ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَالَ أَخْطَأْتُ وَلَكِنَّهَا قَامَتْ عَلَيَّ بِتِسْعِيْنَ فَهِيَ وَاجِبَةٌ لِلْمُشْتَرِي بِرَأْسِ مَالِهَا وَبِحِصَّتِهِ مِنْ الرِّبْحِ ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وجملة البيوع ثلاثة: بيع مساومة، وبيع مرابحة، وبيع مخاسرة. فأما بيع المساومة فمتفق على جوازه. وهو أن يستام البائع سلعته بمائة درهم ويطلبها المشتري بثمانين درهماً ثم يتقرر الثمن بينهما بعد المماكسة على تسعين درهماً. وأما بيع المرابحة فصورته أن يقول أبيعك هذا الثوب مرابحة على أن الشراء مائة درهم وأربح في كل عشرة واحد فهذا بيع جائز لا يكره. وحكي عن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهما أَنَّهُمَا كَرِهَا ذَلِكَ مَعَ جَوَازِهِ.

وحكي عن إسحاق بن راهويه أنه أبطله ومنع من جوازه استدلالاً بأن الثمن مجهول وإن كذبه في إخبار الشراء غير مأمون. والدليل على جوازه عموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة ٢٧٥] ولأن الثمن في بيع المرابحة معلوم كما أنه في بيع المساومة معلوم إذ لا فرق بين قوله بعتك هذا الثوب بمائة وعشرة وبين قوله بعتك بمائة وربح كل عشرة واحد وأن كلا الثمنين مائة وعشرة وإن اختلفت العبارتان كما لا فرق بين قوله بعتك هذا الثوب بتسعين وبين قوله بمائة إلا عشرة في أن كلا الثمنين تسعون وإن اختلفت العبارتان ولا وجه لما ذكر من جهالة الثمن لأن مبلغه وإن كان مجهولاً حال العقد فقد عقداه بما يصير الثمن به معلوماً بعد العقد وذلك لا يمنع من صحة العقد كما لو باعه صبرة طعام كل قفيز بدرهم صح البيع وإن كان مبلغ الثمن مجهولاً وقت العقد لأنهما عقداه بما يصير الثمن به معلوماً بعد العقد. ولا وجه لما ذكر بأن كذب البائع في الثمن غير مأمون لأن الظاهر صدقه إذ أثبت حكماً بذكره. على أن المروى عن ابن عباس أَنَّهُ كَرِهَ قَوْلَهُمْ ده ذوازده وفيه تأويلان:

أحدهما: أنه كره عقدهم بالأعجمية وعدولهم عن العربية.

والثاني: كره يحمل ذلك منهم على بيع الدراهم في جواز العشرة بالاثنى عشرة.

فصل: فإذا ثبت أن بيع المرابحة جائز فلا بد من الإخبار بالثمن مع نفس العقد بعد تحري الصدق فيه فإن لم يخبر بثمنه وقال قد بعتكه بالثمن الذي أبيعه وربح العشرة واحد لم يجز وكذا لو قال بما يخرج به الحساب من ثمنه علي وربح العشرة واحد لم يجز لأنهما لم يعقداه بثمن معلوم وقت العقد ولا بما يصير به الثمن معلوماً بعد العقد وقد يجوز أن يختلفا في قدر الثمن الذي يذكره بعد العقد ولا يرجعان إلى ما ينفي الجهالة عنهما ويمنع من اختلافهما فصار العقد باطلاً للجهل بالثمن فيه. فإذا ثبت أنه لا بد من ذكر الثمن مع العقد فلا يخلو حال البائع من ثلاثة أحوال:

إما أن يريد الإخبار بالثمن الذي ابتاعه به أو يريد الإخبار بالثمن مع مؤنة لزمته عليه. أو يريد الإخبار بالثمن مع عمله فيه بنفسه.

فإن أراد الإخبار بالثمن وحده وكان قدره مائة درهم فله الإخبار عنه بإحدى ثلاث عبارات: إما أن يقول اشتريته بمائة درهم أو يقول رأس مالي فيه مائة درهم أو يقول قام عليّ بمائة فبأي هذه العبارات الثلاث عبر عنه جاز. وإن أراد الإخبار بثمنه ومؤنة لزمته عليه من صنع أو قصارة أو علوفة ماشية أو أجرة حمولة كأن اشتراه بمائة درهم ولزمته مؤنة الصبغ والقصارة عشرة دراهم فله أن يخبر عن المبلغ بإحدى العبارات الثلاث وهو أن يقول: قام عليّ بمائة درهم وعشرة دراهم ولا يجوز أن يقول اشتريته بمائة وعشرة ولا أن يقول: قام عليّ بمائة وعشرة لأن رأس المال في المبيعات عرفاً هو الثمن الذي عقد عليه البيع.

وإن أراد الإخبار بثمنه مع عمله فيه بنفسه مثل أن يشتريه بمائة ويقصره بنفسه قصارة قدر أجرتها عشرة. لم يجز أن يخبر عنه بإحدى هذه العبارات الثلاث ولا يجوز أن يقول اشتريته بمائة وعشرة، ولا رأس مالي فيه مائة وعشرة ولا يقول قام علي بمائة وعشرة لأن عمل الإنسان لنفسه لا يقوم عليه وإنما يقوم عليه عمل غيره ألا ترى أن العامل في المضاربة لو استأجر لحمولة المتاع كان في مال المضاربة ولو حمله بنفسه لم يرجع بأجرته في مال المضاربة. وإذا لم يجز أن يخبر عنه بإحدى هذه العبارات الثلاث فليس له إلا أن يقول اشتريته بمائة وعملت فيه بنفسي عملاً يساوي عشرة وأربح في كل عشرة واحد فيسلم من الكذب ويصل إلى الغرض.

فصل: فلو اشترى ثوباً بمائة درهم فوجد به عيباً وأخذ أرشه عشرة دراهم لم يجز أن يخبر بالمائة ولزمه أن يخبر بالتسعين بإحدى العبارات الثلاث لأن الأرش استرجاع جزء من الثمن قابل جزءاً فائتاً من المبيع. ولو اشترى عبداً بمائة درهم فجنيت عليه جناية أخذ أرشها عشرة ففي قدر ما يخبر به من ثمنه وجهان:

أحدهما: يلزمه أن يخبر بأن الثمن تسعون درهماً لأن أرش الجناية في مقابلة جزء من العين فصارت كأرش العيب..

والوجه الثاني: يجوز له أن يخبر بأن الثمن مائة درهم لأن المأخوذ بأرش الجناية ليس يرجع إلى العقد وإنما هو بسبب حادث بعد العقد فشابه الكسب وإن أخبر على الوجه الأول بأن الثمن تسعون درهماً ثم علم المشتري بحال الجناية فلا خيار له وإن أخبر على الوجه الثاني بأن الثمن مائة درهم ثم علم المشتري بحال الجناية فله الخيار. ولكن لو اشترى داراً فاستعملها أو ماشية فحلبها أو نخلاً فأخذ ثمرتها لم يلزمه إذا أخبر بالشراء أن يسقط منه قدر ما أخذ من الغلة والثمرة والنتاج واللبن بل له أن يخبر بجميع الثمن لا يختلف أصحابنا فيه لأنها أعيان حادثة بعد العقد فلم تقابل شيئاً من الثمن إلا لبن التصرية فعليه أن يسقط قدر قيمته من الثمن لأنه مما يتقسط عليه الثمن.

فصل: ولو اشترى عبداً بمائة درهم فجنى العبد جناية قدر أرشها عشرة دراهم ففداه السيد بها لم يجز إذا أخبر بالثمن أن يقول ثمنه مائة وعشرة ولا أن يقول قام علي بمائة وعشرة فإن قيل أليس يجوز فيما لزمه من مؤنة القصارة والصبغ أن يقول قام علي بمائة وعشرة فهلا جاز فيما لزمه من أرش الجناية أن يقول قام علي بمائة وعشرة؟ قيل الفرق بينهما أن القصارة في الثوب زيادة فيه تعود إلى الملك وفداء العبد من الجناية استيفاء ملك يعود إلى المالك.

فصل. ولو اشترى عبداً بمائة درهم ثم إن البائع نقص المشتري من الثمن عشرة دراهم فعند ابن أبي ليلى أن للمشتري أن يخبر بأن الثمن مائة درهم بكل حال وعند أبي حنيفة أن على المشتري أن يخبر بأن الثمن تسعون درهماً قبل التفرق وبعده.

ومذهب الشافعي أن نقصان العشرة إن كان قبل التفرق لزمه أن يخبر بأن الثمن تسعون درهماً لأن الثمن يستقر بما افترقا عليه وإن كان النقصان بعد التفرق فأخبر بأن الثمن مائة درهم صح لاستقرار الثمن بالعقد وأن الزيادة والنقصان لا تلحق بالعقد بعد استقراره.

وجوز ذلك أبو حنيفة وجعل الزيادة والنقصان فسخاً للعقد الأول واستئناف عقد جديد. وهذا فاسد من وجوه ثلاثة.

أحدها: أن حطيطة الثمن كله لما لم تكن فسخاً لاحقاً بالعقد فحطيطة بعضه أولى أن لا تكون فسخاً لاحقاً بالعقد.

والثاني: أن الحطيطة والزيادة لو كانتا فسخاً للعقد لم يجز أن يكونا مجددين للعقد لأن الشيء الواحد لايجوز أن يوجب حكمين متنافيين.

والثالث: أن الصداق في النكاح كالثمن في البيع فلما لم يكن ما عاد إلى الصداق من زيادة أو حطيطة فسخاً لم يكن ما عاد إلى البيع من زيادة أو حطيطة فسخاً له.

فصل: ولو اشترى عبداً بمائة درهم ثم باعه بمائة وخمسين درهماً ثم اشتراه ثانية بمائة درهم لم يلزمه أن يحط الربح من ثمنه وجاز له أن يخبر بالثمن أنه مائة درهم.

وقال أبو حنيفة: يلزمه حطيطة الربح والإخبار بأن ثمنه خمسون درهماً لأنه يقوم عليه به وهذا فاسد لأن العقد الأول قد انقضى فلم يجز اعتبار حكمه من وجهين:

أحدهما: أنه لو كان قد خسر في ثمنه خمسين درهماً لم يجز أن يزيدها على الثمن الثاني فكذلك إذا ربح فيه خمسين درهماً لم يلزمه أن ينقصها من الثمن الثاني.

والآخر: أنه لو كان قد ربح فيه مثل ثمنه ثم اشتراه بمثل الربح كأن اشتراه أولاً بمائة درهم وباعه بمائتي درهم جاز أن يخبر بأن الثمن مائة درهم ولا اعتبار بما كان من الربح في العقد الأول فكذلك إذا كان الربح بعض ثمنه. ولو اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بمائة درهم وباعه العبد على سيده بمائة وخمسين درهماً لم يكن للسيد إذا باع الثوب بإخبار الشراء أن يخبر إلا بمائة درهم لأن شراء العبد لسيده جائز ولا يصح أن يبتاعه من عبده وكذا لو اشترى السيد ثوباً بمائة درهم وباعه على عبده بمائة وخمسين درهماً لم يجز إذا باعه بإخبار الشراء أن يخبر إلا بمائة درهم. ولو دفع رجل مالاً مضاربة بالنصف فاشترى العامل ثوباً بمائة درهم وباعه على رب المال بمائة وخمسين درهماً لم يجز لرب المال إذا باعه مرابحة أن يخبر بالثمن إلا بمائة وخمسة وعشرين درهماً لأن نصف الربح له.

فصل: وإذا اشترى سلعة بثمن مؤجل وأراد بيعها مرابحة كان عليه في إخبار الشراء أن يذكر تأجيل الثمن فإن لم يذكر تأجيله فقد حكي عن سفيان الثوري أن السلعة إن كانت باقية كان المشتري بالخيار وإن كانت تالفة لزمه الثمن حالاً.

وحكي عن أحمد وإسحاق أن للمشتري حبس الثمن عن البائع بعد ذلك الأجل.

ومذهب الشافعي جواز البيع ويخير المشتري بين فسخ البيع أو إمضائه بالثمن الحال لأن الأجل رفق بالمشتري لا يتعلق بزيادة ولا نقص.

فصل: ولو اشترى ثوباً بمائة درهم فأخبر في بيع المرابحة أنه اشتراه بتسعين درهماً فقد اختلف أصحابنا هل يكون كاذباً في إخباره على وجهين:

أحدهما: ليس بكاذب لدخول التسعين في المائة فعلى هذا الوجه لا خيار للمشتري إذا علم بذلك.

والوجه الثاني: أنه كاذب لأن التسعين بعض الثمن وفي مقابلة بعض المبيع فلم يجز أن يخبر بأنها جميع الثمن وفي مقابلة جميع المبيع فعلى هذا الوجه للمشتري الخيار في الفسخ إذا علم بذلك.

فصل: ولو اشترى عبدين بمائتي درهم لم يجز أن يخبر في بيع المرابحة بأن ثمن أحدهما مائة درهم لتقسط الثمن على قيمتهما فلو قوم أحدهما بمائة وعشرين درهماً وقوم الآخر بثمانين درهماً لم يجز إلا أن يخبر بذلك في بيع المرابحة.

ولكن لو اشترى مائة قفيز حنطة بمائة درهم وأراد بيع قفيز منها مرابحة جاز أن يخبر بأن ثمنه درهم لتقسط الثمن على أجزاء الحنطة دون قيمتها. ومن أصحابنا من منع ذلك إلا بإخبار الصبرة والأول أصح لما ذكرنا من التعليل.

فصل: فإذا تمهد ما ذكرنا من مقدمات هذا الباب فصورة مسألة الكتاب في رجل باع ثوباً مرابحة بربح واحد في كل عشرة وأخبر أن الثمن مائة درهم فأخذه المشتري بمائة وعشرة دراهم ثم إن البائع عاد يذكر أنه غلط في الثمن وإنه كان اشتراه بتسعين درهماً فالبيع صحيح وقد أبان البائع عن أمانته وللمشتري أن يأخذ الثوب بتسعين وحصتها من الربح فيكون تسعة وتسعين درهماً ويرجع على البائع بالنقصان وحصته من الربح وذلك أحد عشر درهماً ثم المذهب أنه لا خيار للمشتري فيه وقد خرج قولان آخران له الخيار في الفسخ أو المقام من مسألة باقي وهو أن تقوم البينة لخيانة البائع في الثمن على ما سنذكره من شرح المذهب وترتيبه ثم إذا أخذ المشتري بالتسعين وحصتها من الربح.

فمذهب الشافعي أنه يأخذه بالعقد الأول.

وقال بعض أصحابنا يأخذه بعقد مستأنف وهذا غلط لأنه لو أخذ بعقد مستأنف لبطل العقد الأول ولافتقر إلى اشتراط قدر الربح فيه كما افتقر إليه في الأول.

فصل: فأما بيع المخاسرة فصورته أن يقول شراء هذا الثوب على مائة درهم وقد بعتكه مخاسرة بنقصان العشرة واحد منها فهذا جائز كبيع المرابحة لأنهما عقداه بما يصير الثمن به معلوماً بعد العقد وإن كان مجهولاً حال العقد. وإذا صح جواز المخاسرة كما يصح جواز المرابحة فقد اختلف أصحابنا في كيفية الحكم فيه. والذي عليه قول الجمهور منهم أنه يرد كل أحد عشر درهماً من رأس المال إلى عشرة دراهم فيصير آخذاً لهذا الثوب بأحد وتسعين درهماً إلا جزأ من أحد عشر جزءاً من درهم لأن التسعة والتسعين ردت إلى تسعين والدرهم الباقي أسقط منه جزءاً من أحد عشر جزءاً.

قالوا وإنما ردت الأحد عشر إلى العشرة من المخاسرة كما ردت العشرة إلى الأحد عشر في المرابحة.

وقال بعض أصحابنا بل يرد كل عشرة من رأس المال إلى تسعة فيحط من الثمن العشر فيصر آخذاً لهذا الثوب بتسعين درهماً.

قالوا لأنه لما وجب في المرابحة أن يزيد على كل عشرة واحد وجب أن ينقص في المخاسرة من كل عشرة واحد وهو قول بعض العراقيين.

والأصح من المذهبين عندي أن يعتبر لفظ العقد فإن كان قال وأخسر لكل عشرة واحداً ردت الأحد عشر إلى عشر كما قاله الأولون وإن كان قال وأخسر من كل عشرة واحداً ردت العشرة إلى تسعة كما قاله الآخرون. لأن لفظة من تقتضي إخراج واحد من العشرة وتخالف معنى الكلام.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِن قَالَ ثَمَنُهَا أَكْثَرُ مِنْ مائَةٍ وأقام عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ وَهُوَ مُكَذِّبٌ لَهَا».

قال الماوردي: وصورتها في رجل باع ثوباً مرابحة بربح في العشرة واحداً وأخبر أن الثمن مائة درهم فأخذه المشتري بمائة وعشرة دراهم ثم عاد البائع فذكر أنه غلط في إخبار الشراء وأن الثمن مائة وعشرون، فللمشتري حالتان حال يصدقه على ما ذكر من غلطه وحال يكذبه فإن صدقه على أن الثمن مائة وعشرون درهماً قيل للمشتري أنت بالخيار بين أن تأخذ بهذا الثمن وحصته من الربح وذلك مائة واثنان وثلاثون درهماً وبين أن تفسخ البيع فيه. وإن كذبه فالقول قول المشتري فإن كان البائع حين أخبر في الأول أن الثمن مائة ثم ذكر أنه اشتراه لنفسه لم تسمع له بينة بما ادعاه في الثاني من الثمن أنه مائة وعشرون لأنه مكذب لنفسه بالقول الأول ومن حفظ عليه أكذاب بينته ردت عليه ولم يسمع منه فإن طلب البائع يمين المشتري على أن الثمن مائة درهم ففي جواز إخلافه وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه. هل يجري مجرى البينة أو يجري مجرى الإقرار؟.

فإن قيل إنما يجري مجرى البينة لم يجب إحلافه لأنه لو أقام بينة لم تسمع وإن قيل إنها تجري مجرى الإقرار وجب إحلافه لأن المشتري لو أقر بما ادعاه البائع لزمه فأما إن كان البائع حين أخبر في الأول بأن الثمن مائة درهم أخبر بذلك عن شراء وكيله أو عبده المأذون له في التجارة ثم عاد فذكر أن الوكيل أخطأ وأن العبد غلط وأن الثمن مائة وعشرون فهل تسمع منه البينة بما ادعاه من ذلك. على وجهين:

أحدهما: لا تسمع بينته كما لو أخبر أنه اشتراه لنفسه لأنه قد أكذبها بما تقدم من قوله فعلى هذا في وجوب إحلاف المشتري وجهان.

والوجه الثاني: أن بينته فيما ادعاه مسموعة يحكم بها على المشتري ويجعل بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الذي قامت البينة به وبحصته من الربح أو الفسخ.

فإن عدم البائع البينة كان له إحلاف المشتري وجهاً واحداً فإن حلف كان له أخذ الثوب بالثمن الأول وحصته من الربح وذلك مائة وعشرة دراهم فإن نكل ردت اليمين على البائع فإذا حلف قيل للمشتري أنت بالخيار في أخذ الثوب بالثمن الثاني وحصته من الربح وذلك اثنان وثلاثون درهماً وبين أن تفسخ والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ عَلِمَ أَنَّهُ خَانَهُ حُطَّتِ الخيانة وَحِصَّتُهَا مِنَ الرِّبْحِ وَلَوْ كَانَ المَبِيعُ قَائِماً كَانَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّهُ وَلَمْ أَفْسد الْبَيْعَ لأَنَّهُ لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَى مُحَرَّمٍ عَلَيْهِمَا مَعاً إِنَّمَا وَقَعَ مُحَرَّماً عَلَى الخَائِنِ مِنْهُمَا كَمَا يُدَلِّسُ لَهُ بِالْعَيْبِ فَيَكُونَ التَّدْلِيسُ مُحَرَّماً وَمَا أُخِذَ مِنْ ثَمَنِهِ مُحَرَّماً وَكَانَ لِلْمُشْتَرِي فِي ذَلِكَ الْخِيَارُ».

قال الماوردي: وصورتها في بيع المرابحة إذا أخبر البائع أن الثمن مائة درهم فأخذه المشتري بمائة وعشرة دراهم ثم عاد المشتري بعد افتراقهما يدعي خيانة البائع في الثمن وأنه ثمانون درهماً فإن لم يكن للمشتري بينة على ما ادعاه من خيانة البائع فالقول قول البائع مع يمينه وهو لازم للمشتري بالثمن الأول، وإن أقام المشتري بينة على ما ادعى من خيانة البائع سمعت ولم يبطل بها البيع.

وقال مالك: إذا أقام المشتري بينة بخيانة البائع بطل البيع لانعقاده بثمن مجهول وبه قال من أصحابنا من زعم أن البائع إذا أخبر بنقصان الثمن أن المشتري يأخذ بعقد مستأنف وهذا غلط لأن خيانة البائع عيب دلس به على المشتري والتدليس بالعيب إذا ظهر لم يوجب بطلان البيع وما ذكره من جهالة الثمن بحط الخيانة غير مسلم لأن التدليس بالعيب إذا أوجب الرجوع بالأرش لم يقتضي جهالة الثمن فكذلك لو وجب حط الخيانة لم يؤذن بجهالة الثمن، فإذا ثبت أن البيع لا يبطل بظهور الخيانة لم يخل حال الثوب المبيع من أن يكون باقياً أو تالفاً فإن كان الثوب باقياً فهل تحط الخيانة وحصتها من الربح أم لا على قولين:

أحدهما: قاله في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى أن الخيانة لا تحط وأن للمشتري أخذه بالثمن الأول وهو مائة وعشرة دراهم لأن البائع لم يرض بإخراج الثوب من يده إلا بهذا الثمن فعلى هذا يكون للمشتري الخيار لظهور الخيانة بين أن يقيم على البيع بهذا الثمن أو يفسخ ولا خيار للبائع.

والقول الثاني: نص عليه في هذا الموضع من كتاب البيوع أن الخيانة تحط وحصتها من الربح لأن عقد البيع كان بالثمن وربح العشرة واحد فإذا بان الثمن ثمانين درهماً فللمشتري أن يأخذه بثمانية وثمانين درهماً فعلى هذا هل يثبت للمشتري الخيار أم لا؟ قال الشافعي إذا ظهرت خيانة البائع كان للمشتري الخيار وقال في البائع إذا عاد فأخبر بنقصان الثمن أن ليس للمشتري الخيار واختلف أصحابنا في المسألتين فكان بعضهم ينقل جواب كل مسألة إلى الأخرى وتخريجها على قولين:

أحدهما: لا خيار للمشتري سواء حطت الزيادة بإقرار البائع أو بقيام البينة عليه بالخيانة لأنه لما وصي أن يأخذ الثوب بمائة وعشرة دراهم وصار العقد له لازماً فإذا أخذه بثمانية وثمانين درهماً فأولى أن يكون تراضياً ويكون العقد لازماً.

والقول الثاني: أن للمشتري الخيار في فسخ البيع أو إمضائه لأنه قد يكون له غرض في ابتياعه بمائة وعشرة يفقده إذا ابتاعه بثمانية وثمانين وهو أن يكون وكيلاً وكله أن يشتري ثوباً بهذا الثمن أو وصياً في وصية أو حالفاً في يمين فقصد أن يبر فيها فإذا نقص من الثمن فاته الغرض فوجب له الخيار.

وقال آخرون من أصحابنا إن الجواب محمول على ظاهره في الموضعين وليست المسألة على قولين بل لا خيار له إذا حطت الزيادة بإقرار البائع وله الخيار إذا حطت ببينة قامت بخيانة البائع.

والفرق بينهما أن الحطيطة إذا كانت بإقرار البائع دلت على أمانته فلم يثبت في العقد خيار لسلامته وإذا كانت الحطيطة بالبينة دلت على خيانته ولم يؤمن حدوث خيانة ثانية من جهيته فثبت في العقد الخيار للمشتري.

فإذا قيل إن للمشتري الخيار فاختار الفسخ عاد الثوب إلى البائع وإن اختار المقام أو قيل ليس للمشتري خيار فهل للبائع الخيار أم لا؟ على قولين:

أحدهما: قاله في كتاب البيوع لا خيار له لأنه لم يغش ولا دلس عليه بعيب.

والقول الثاني: قاله في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى له الخيار لأنه لم يطب نفساً بإخراج الثوب من يده إلا بالثمن الذي ذكره حقاً كان أو باطلاً.

فصل: فأما إن كان الثوب تالفاً وقد قامت البينة بخيانة البائع فالواجب أن تحط الخيانة وحصتها من الربح قولاً واحداً لأنه مع التلف كالعيب المرجوع فيه بالأرش ثم لا خيار للمشتري فيه قولاً واحداً لأن خياره ثبت مع إمكان الرد فأما البائع فإن قيل لا خيار له مع بقاء السلعة فلا خيار له مع تلفها لأن تلف ذلك في يد المشتري إذا منعه من الفسخ لم يمنع البائع من الفسخ ألا ترى لو أن رجلاً ابتاع عبداً بأمته وتقابضا ثم مات العبد ووجد كل واحد منهما عيباً فيما ابتاعه لم يكن لمشتري العبد خيار لتلفه في يده وله الرجوع بأرشه ووجب لمشتري الأمة الخيار وإن تلف ما يقابلها لبقائها في يده فإذا ثبت أن للبائع الخيار فإن اختار المقام والإمضاء كان له الثمن بعد حطيطة الخيانة وحصتها من الربح وإن اختار الفسخ رجع على المشتري بقيمة الثوب بالعيب ورد ما قبضه والله أعلم.

فصل: فأما المزني فإنه تأول كلام الشافعي فيما قصد به مالكاً في إبطاله البيع بظهور الخيانة وهو قوله لأنه لم ينعقد على محرم عليهما معاً وإنما وقع محرماً على الخائن منهما فحمله على أن الشافعي أراد به تحريم الثمن على أحدهما وقال المزني لو كان الثمن حراماً وقت العقد لكان البيع فاسداً وإنما يحرم السبب وهو الخيانة دون الثمن.

فالجواب أن الشافعي لم يرد تحريم الثمن في عينه كما توهم المزني وإنما أراد تحريم السبب وهو التدليس والخيانة فكان التحريم راجعاً إلى فعل العاقد دون العقد والتحريم إذا رجع إلى العاقد دون العقد لم يبطل العقد كتحريم النجش وتلقي الركبان ولو رجع التحريم إلى العقد دون العاقد كان مبطلاً للعقد كتحريم المنابذة والملامسة وبيع الحمل فعبر الشافعي عن تحريم الفعل بتحريم الثمن لأنه لما كان مأخوذا عن سبب محرم جاز أن يعبر عنه بأنه محرم اهـ.

بَابُ الرَّجُلِ يَبِيعُ الشَّيْءِ إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ يَشْتَرِيهِ بِأَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ

مسألة : **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «وَلاَ بَأْسَ بِأَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ السِّلْعَةَ إِلَى أَجَلٍ وَيَشْتَرِيهَا مِنَ الْمُشْتَرِي بِأَقَلَّ بِنَقْدٍ وَعَرضٍ وَإِلَى أَجَلٍ قَالَ بَعْضُ النَّاسِ إِنَّ امْرَأَةً أَتَتْ عَائِشَةً فَسَأَلَتْهَا عَنْ بَيْعٍ بَاعَتْهُ مِنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمْ بِكَذَا وَكَذَا إِلَى الْعَطَاءِ ثُمَّ اشْتَرَتْهُ مِنْهُ بِأَقَلَّ فَقَالَتْ عَائِشَةُ بِئْسَمَا اشْتَرَيْتِ وَبِئْسَمَا ابْتَعْتِ أَخْبِرِي زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّهُ قَدْ أَبْطَلَ جِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ إِلاَّ أَنْ يَتُوبَ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَهُوَ مُجْمَلٌ وَلَوْ كَانَ هَذَا ثَابِتاً فَقَدْ تَكُونُ عَائِشَةُ عَابَت الْبَيْعَ إِلَى الْعَطَاءِ لأَنَّهُ أَجَلٌ مَعْلُومٌ وَزَيْدٌ صَحَابِيٌّ وَإِذَا اخْتَلَفُوا فَمَذْهَبُنَا الْقِيَاسُ وَهُوَ مَعَ زَيْدٍ وَنَحْنُ لاَ نُثْبِتُ مِثْلَ هَذَا عَلَى عَائِشَةَ وَإِذَا كَانَتْ هَذِهِ السِّلْعَةُ لِي كَسَائِرِ مَالِي لِمَ لاَ أَبِيعُ مِلْكِي بِمَا شِئْتُ وَشَاءَ الْمُشْتَرِي ؟».

قال الماوردي : وهذا كما قال إذا باع الرجل سلعة بثمن حال أو مؤجل فافترقا على الرضا به جاز أن يبتاعها من المشتري قبل قبض الثمن وبعده بمثل ذلك الثمن وبأكثر منه أو أقل، من جنسه أو غير جنسه، حالاً ومؤجلاً، وبه قال من الصحابة ابن عمر وزيد بن أرقم وجل التابعين وجمهور الفقهاء.

وقال مالك : لا يجوز أن يشتريه بأقل من ذلك الثمن نقداً ويجوز أن يشتريه بمثله أو بأكثر منه نقداً ونسباً.

وقال أبو حنيفة إن كان الثمنان من جنس واحد يدخله الربا كالنقدين لم يجز أن يبتاعه ثانية إلا بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقص وإن كان الثمن ما لا ربا فيه كالعروض جاز أن يبتاعه ثانية بأكثر من الثمن الأول وأقل وإن كان الثمنان من جنسين فيهما الربا كالذهب والورق جاز التفاضل بين الثمنين قياساً ولم يجز استحساناً.

واستدلوا برواية ابن أبي إسحاق السبيعي عَنْ أُمِّهِ عَالِيَةِ بِنْتِ أَيْفَعَ قَالَتْ: خَرجْتُ أَنَا وَأُمُّ حبة إِلَى الْحَجِّ فَدَخَلْنَا عَلَى عَائِشَةَ رَضِيَ الله عَنْهَا فَسَلَّمْنَا عَلَيْهَا فَقَالَتْ مِنْ أَيْنَ ؟ قُلْنَا مِنَ الْكُوفَةِ كَأَنَّهَا أَعْرَضَتْ فَقَالت لَهَا أُمُّ حبة يَا أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ كَانَتْ لِي جَارِيَةٌ وَبِعْتُهَا زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ بِثَمَانِ مِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَى الْعَطَاءِ فَأَرَادَ بَيْعَهَا فَاشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ بِستِ مِائَةِ دِرْهَمٍ نَقْداً فَقَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بِئْسَ مَاشَرَيْتِ وَبِئْسَ مَا ابْتَعْتِ أَخْبِري زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ أَنَّهُ أَبْطَلَ جِهَادَهُ مَعَ

رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَّا أَنْ يَتُوبَ فَقَالَتْ أَرَأَيْتَ لَوْ أَخَذْتَ رَأْسَ مَالِي قَالَتْ فَتَلَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَوْلَهُ تَعَالَى ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾[البقرة ٢٧٥].

قالوا فلما أبطلت عائشة رضوان الله عليها البيع وجهاد زيد لم يجز أن يكون عن اجتهاد منها بل عن نص وتوقيف لأمرين:

أحدهما: أن القياس لا يقتضيه.

والثاني: أن إبطال الجهاد بالاجتهاد لا يجوز فثبت أن قول عائشة رضي الله عنها محمول على سماعها ذلك من رسول الله ﷺ.

قالوا وَقَدْ رُوِيَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ سُئِلَ عَمَّنْ بَاعَ حَرِيرَةً بِمِائَةِ دِرْهَمٍ ثُمَّ اشْتَرَاهَا بِخَمْسِينَ دِرْهَماً فَقَالَ دَرَاهِمُ بِدَرَاهِمَ مُتَفَاضِلَةً وَحَرِيْرَةٍ دَخَلَتْ بَيْنَهُمَا. قَالُوا وَلأَنَّ ذلك ذريعة إلى الربا ومؤدياً إليه وما كان مؤدياً إلى الربا كان ممنوعاً لقول النبي ﷺ من حَامَ حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ[1] وقال ﷺ «لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الشُّحُومُ فَجَمَلُوهَا وَبَاعُوهَا وَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا[2] يعني بقوله جملوها أي أذابوها فلعنهم لأنهم فعلوا ما أداهم إلى الحرام. ولأن البائع في ابتياعه الثاني قد استفضل زيادة ليس في مقابلتها عوض فوجب أن يمنع منه لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ والدلالة على ما ذهبنا إليه من جواز البيع عموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[البقرة ٢٧٥] ولأن كل سلعة جاز بيعها من غير بائعها بثمن جاز بيعها من بائعها بذلك الثمن كالعرض ولأن كل سلعة جاز بيعها من شخص بعرض جاز بيعها منه بقيمة ذلك العرض كالأجنبي ولأنه بيع لا يحرم التفاضل في عوضه فوجب أن لا يكون الرجوع في تقدير ثمنه إلى عاقد كالبيع الأول. ولأن لكل واحد من العقدين حكم نفسه بدليل أن كل واحد منهما يصح مع التراضي ويبطل مع الإكراه ويفتقر إلى البدل والقبول وإذا انفرد كل واحد منهما بحكم نفسه لم يجز اعتبار أحدهما بالآخر ولا بناء أحدهما على الآخر. وأما الجواب عن استدلالهم بحديث عائشة رضي الله عنها فمن وجوه:

أحدها: ضعف إسناده ووهاء طريقه.

قال الشافعي: قلت لمن احتج بهذا الحديث أتعرف هذه المرأة فقال لا فقلت كيف يصح لك الاحتجاج بحديث من لا تعرفه على أن أبا حنيفة لا يقبل من أحاديث النساء إلا ما روته عائشة وأم سلمة.

والجواب الثاني: أن عائشة رضي الله عنها إنما أبطلت البيع إلى العطاء لأنه أجل مجهول والآجال المجهولة يبطل بها البيع.

---

(١) أخرجه البخاري ١/١٢٦ في كتاب الإيمان (٥٢) ومسلم ٣/١٢١٩ في كتاب المساقاة حديث (١٠٧/١٥٩٩).

(٢) أخرجه البخاري ٤/٤١٤ في البيوع حديث (٢٢٢٣) ومسلم ٣/١٢٠٧ في المساقاة (١٥٨٢/٧٢).

فإن قالوا إنما أنكرت البيع الثاني لأنها قالت بِئْس مَا اشْتَرَيْتِ وَبِئْسَ مَا ابْتَعْتِ تكريراً لإنكار البيع الثاني قيل هذا غلط لأنها قالت بئس ما شريت بمعنى بعت قال الله تعالى ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف ٢٠] أي باعوه وقال الشاعر:

وَشَرَيْتُ بُرْداً لَيْتَنِي مِنْ بَعْدِ بُرْدٍ كُنْتُ هَامَةْ[(١)]

والجواب الثالث: أنه لو سلم أن إنكار عائشة رضي الله عنها توجه إلى البيع الثاني، دون الأول لما كان فيه دليل لأن زيداً خالفها وإذا اختلف الصحابيان وكان القياس مع أحدهما كان قول من عاضده القياس أولى والقياس مع زيد دون عائشة رضي الله عنها فإن قيل فليس الاحتجاج بقول عائشة وإنما الاحتجاج بالتوقيف في قولها لأنها لا تبطل جهاد زيد باجتهادها. قيل لا يصح حمل قولها على التوقيف من وجهين:

أحدهما: أنه إثبات نص باستدلال وإبطال قياس باحتمال.

والثاني: إمكان مقابلة ذلك بمثله في حمل ما ذهب إليه زيد على التوقيف فإذا أمكن معارضة الشيء بمثله سقط وليس ما ذكرته عائشة رضي الله عنها من أن زيداً قد أبطل جهاده دليل على توقيف لأنه لا يجوز أن يضاف إلى أحد من الصحابة أنه علم بنص فخالفه وإن لم يعلم به لم يبطل اجتهاده وليس هذا القول منها إلا كقول ابن عباس رضي الله عنه أَلاَ يَتَّقِي اللَّهَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَجْعَلُ ابْنَ الابْنِ ابْناً وَلاَ يَجْعَلُ أَبَ الأَبِ أَباً وكقوله في العول ما جعل الله في المال نصفاً وثلثين من شاء باهلته عند الحجر الأسود يعني لاعنته ولم يدل هذا القول منه مع ما فيه من الوعيد والملاعنة على أن في الجد والعول نصاً.

وأما الجواب عن حديث ابن عباس رضي الله عنه فهو الجواب عن حديث عائشة رضي الله عنها.

وأما الجواب عن قولهم أنه ذريعة إلى الربا الحرام فغلط بل هو سبب يمنع من الربا الحرام وما منع من الحرام كان ندباً ألا ترى إلى حديث أبي سعيد الخذري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ اسْتَعْمَلَ رَجُلاً عَلَى خَيْبَرَ فَجَاءَهُ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا» قَالَ لاَ وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِثَلاَثَةٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لاَ تَفْعَلْ بِعِ الْجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيباً[(١)] والجمع هو التمر المختلط الرديء والجنيب هو الجيد فجعل ذلك ذريعة إلى ترك الربا وندب إليه.

وأما الجواب عن قولهم أنه قد استفضل زيادة ليست في مقابلة عوض. أنه إذا انفرد

---

(١) البيت ليزيد بن مفرغ الحميري انظر طبقات فحول الشعراء (٥٥٥) والنكت والعيون للمصنف ١٨/٣ وتفسير الطبري ٨/١٦.

(١) أخرجه البخاري ٣٩٩/٤ في كتاب البيوع حديث (٢٢٠١ و ٢٢٠٢) ومسلم ١٢١٥/٣ في المساقاة (١٥٩٣/٩٥).

كل واحد من العقدين بحكم نفسه لم يصح اعتبار هـذا وكان حكم العقـد الثاني مـع البائـع كحكمه مع غير البائع على أن كل واحد من العقدين قد قابل عوضاً مضموناً.

فصل: ومما يضاهي هذه المسألة أن من باع طعاماً بثمن مؤجل ثم حل الأجل جـاز أن يأخذ بذلك الثمن طعاماً وغيره من المطعوم.

وقال مالك إن أخذ طعاماً لم يجز وكان عين الربا وإن أخذ غير الطعام جاز.

وقال أحمد بن حنبـل وإسحاق لا يجـوز أن يأخـذ به مكيـلاً ولا موزونـاً وكلا القـولين فاسد.

والدليل على ما قلنا لما تقدم من الدليل.

بَابُ تَفْرِيقِ صَفْقَةِ الْبَيْعِ وَجَمْعِها

مسألة : قَـالَ المزني رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَالَى : «اخْتَلَفَ قَـوْلُ الشَّافِعِي رَحِمَـهُ الله فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ وَجَمْعِهَا وَبَيَّضْتُ لَهُ مَوْضِعاً لأَجْمَعَ فِيهِ شَرْحَ أَوْلَى قَـوْلَيْهِ فِيـهِ إِنْ شَاءَ اللهقَـالَ الشَّافِعِي رَحِمَهُ الله فِي كِتَابِ اخْتِلاَفِ أَبِي حَنِيفَةَ وابْنِ أَبِي لَيْلَى وَإِذَا اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ صَفْقَـةً وَاحِدَةً فَهَلَكَ فِي يَدِهِ وَوَجَدَ بِالآخَرِ عَيْباً وَاخْتَلَفَا فِي ثَمَنِ الثَّوْبِ فَقَالَ الْبَائِعُ قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ وَقَالَ الْمُشْتَرِي قِيمَتُهُ ثَمَانِيَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مِنْ قِبَلِ أَنَّ الثَّمَنَ كُلَّهُ قَدْ لَزِمَ الْمُشْتَرِي فَإِنْ أَرَادَ رَدَّ الثَّوْبِ بِأَكْثَـرَ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ أَرَادَ الرُّجُوعَ بِالْعَيْبِ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ فَلاَ يَعْطِيهِ بِقَوْلِهِ الـزِّيَادَةَ وَقَـالَ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ أَنَّهُ كَالْبَيْعِ وَقَالَ فِيهِ فِي مَوْضِعَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ إِنْ صَالَحَهِ مِنْ دَارٍ بِمِائَةٍ وَبِعَبْدٍ ثَمَنُهُ مِائَةٌ ثُمَّ وَجَـدَ بِهِ عَيْبـاً أَنَّ لَهُ الْخَيَـارَ إِنْ شَاءَ رَدَ العَبْـدَ وَأَخَـذَ المِـائَـةَ بِنِصْفِ الصُّلْحِ وَيَسْتَـرِدُّ نِصْفَ الـدَّارِ لأَنَّ الصَّفْقَةَ وَقَعَتْ عَلَى شَيْئَيْنِ وَقَالَ فِي نُشُوزِ الرَّجُلِ عَلَى الْمَرْأَةِ وَفِي كِتَـابِ الشُّرُوطِ لَـو اشْتَرَى عَبْداً وَاسْتَحَقَّ نِصْفَهُ إِنْ شَاءَ رَدَّ الثَّمَنَ وَإِنْ شَاءَ أَخَـذَ نِصْفَهُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَقَـالَ فِي الشُّفْعَةِ إِنِ اشْتَرَى شقصا وعرضا صَفْقَةً وَاحِدَةً أَخذَتِ الشُّفْعَةُ بِحِصَّتِهَـا مِنَ الثَّمنَ وَقَالَ فِي الإِمْـلاَءِ عَلَى مَسَائِلَ مَالِكٍ وَإِذَا صَرَفَ دِينَاراً بِعِشْرِينَ دِرْهِماً فَقَبَضَ تِسْعَـةَ عَشَرَ دِرْهَمـاً وَلَمْ يَجِدْ دِرْهَمـاً فَلاَ بَأْسَ أَنْ يَأْخُـذَ التِسْعَةَ عَشَـرَ بِحِصَّتِهَا مِنَ الـدينار وَيَتَنَـاقَضُهُ الْبَيْـعُ بِحِصَةِ الـدِّرْهَمِ ثُمَّ إِنْ شَاءَ اشْتَرَى مِنْهُ بِحِصَّةِ الدينار مَا شَاءَ يَتَقَابَضَانِهِ قَبْلَ التَّفَرُّقِ أَوْ تَرَكَهُ عَمْـداً مَتَى شَاءَ أَخَـذَهُ وَقَالَ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ الْجَدِيدِ الأَوَلِ لَو اشْتَرَى بِمِائَةَ دِينَارٍ مِائَـةَ صَاعِ تَمْـرٍ وَمِائَـةَ صَاعِ حِنْـطَةٍ وَمِائَـةَ صَـاعِ عَلَسٍ جَازَ وَكُـلُّ صِنْفٍ مِنْهَا بِقِيمَتِـهِ مِنَ الْمِائَـةَ وَقَالَ فِي الإمـلاء عَلَى مسائـل مَـالِـكٍ الْمَجْمُوعَةِ وَإِذَا جَمَعَتِ الصَّفْقَـةُ بَرْدِيًّـا وَعَجْوَةً بِعَشْـرَةٍ وَقِيمَةُ البَـرْدِيِّ خَمْسَةُ أَسْـدَاسِ الثَّمَنِ وَقِيمَةُ العَجْوَةِ سُدُسُ العَشَرَةِ فَالْبَرْدِيُّ بِخَمْسَـةِ أسداس الثَّمَنِ والْعَجْـوَةُ بِسُدُسِ الثَّمَنِ وَبِهَـذَا المَعْنَى قَـالَ فِي الإِمْلاَءِ لاَ يَجُـوزُ ذَهَبٌ جَيِّدٌ وَرَدِيءٌ بِـذَهَبٍ وَسَطٍ وَلاَ تَمْرٌ جَيِّـدٌ وَرَدِيْءٌ بِتَمْـرٍ وَسَطٍ لأَنَّ لِكُـلِّ وَاحِدٍ مِنَ الصِّنْفَيْنِ حِصَّـةً فِي الْقِيمَةِ فَيَكُـونُ الذَّهَبُ بِـالذَّهَبِ وَالتَّمْـرُ بِالتَمْـرِ مَجْهُولاً وَبِهَذَا الْمَعْنَى قَالَ لاَ يَجُوزُ أَنْ يُسَلِّفَ مِائَةَ دِينَارٍ فِي مِائَةِ صَاعِ تَمْرٍ وَمِائَـةِ صاع حِنْـطَةٍ لأَنَّ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجْهُولٌ وَقَالَ فِي الإِمْلاَءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ الْمَجْمُـوعَةِ إِنَّ الصَّفْقَـةَ

إِذَا جَمَعَتْ شَيْئَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُما بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ وَقَالَ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ لَوِ ابْتَاعَ غَنَماً حَالَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ الْمُصَدِّقُ الصَّدَقَةُ مِنْهَا فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ فِي رَدِّ الْبَيْعِ لأَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ كَمَا اشْتَرَى كَامِلاً أَوْ يَأْخُذُ مَا بَقِيَ بِحِصَّته مِنَ الثَّمَنِ وَقَالَ إِنْ أَسْلَفَ فِي رَطْبٍ فَنَفِدَ رَجَعَ بِحِصَّةِ مَا بَقِيَ وَإِنْ شَاءَ أَخَّرَ إِلَى قَابِلٍ وَقَالَ فِي كِتَابِ الصَّدَاقِ وَلَوْ أَصْدَقَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ أَلْفاً قُسِّمَتْ عَلَى مُهُورِهِنَّ قَالَ وَلَوْ أَصْدَقَهَا عَبْداً فَاستحق نِصْفُهُ كَانَ الْخِيَارُ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ نِصْفَهُ وَالرُّجُوعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ أَوِ الرَّدُّ (قال المزني رحمه الله) فَأَمَّا قِيمَةُ مَا استحق مِنَ الْعَبْدِ فَهَذَا غَلَطٌ فِي مَعْنَاهُ وَكَيْفَ تَأْخُذُ قِيمَةَ مَا لَمْ تَمْلِكْهُ قَطُّ ؟ بَلْ قِيَاسُ قوله هَذَا تَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ مِثْلِهَا كَمَا لَوْ اسْتُحِقَّ كُلُّهُ كَانَ لَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا وَقَالَ فِي الأَمْلاَءِ عَلَى الْمُوَطَّأ وَلَوِ اشْتَرَى جَارِيَةً أَوْ جَارِيَتَيْنِ فَأَصَابَ بِإِحْدَاهُمَا عَيْباً فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ وَذَلِكَ أَنَّهَا صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ فَلاَ تُرَدُّ إِلاَّ مَعاً كَمَا يَكُونُ لَهُ لَوْ بِيعَ مِنْ دَارٍ أَلْفُ سَهْمٍ وَهُوَ شَفِيعُهَا أَنْ يَأْخُذَ بَعْضَ السُّهْمَانِ دُونَ بعْضٍ وَإِنَّمَا مَنَعْتُ أَنْ يُرَدَّ الْمَعِيبَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ أَنَّهُ وَقَعَ غِيْرَ مَعْلُوم الْقِيمَةِ وَإِنَّمَا يُعْلَمُ بَعْدُ وَأَيُّ شَيْءٍ عَقَدَاهُ بِرِضَاهِمَا عَلَيْهِ كَذَلِكَ كَانَ فَاسِداً لاَ يَجُوزُ أَنْ أَقُولَ أَشْتَرِي مِنْكَ الْجَارِيَةَ بِهَاتَيْنِ الْجَارِيَتَيْنِ عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِقِيمَتِهَا مِنْهَا وَلَوْ سُمِّيَتْ أَيتهما أَرْفَعُ لأَنَّ ذَلِكَ عَلَى أَمْرٍ غَيْرِ مَعْلُومٍ وَقَالَ فَإِنْ فَاتَتْ إِحْدَى الْجَارِيَتَيْنِ بِمَوْتٍ أَوْ بِوِلاَدَةٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَدُّ الَّتِي بِعَيْبٍ وَيَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ مِنَ الْجَارِيَةِ كَانَتْ قِيمَةُ الَّتِي فَاتَتْ عِشْرِينَ وَالَّتِي بَقِيَتْ ثَلاَثِينَ وَقِيمَةُ الْجَارِيَةِ الَّتِي اشْتَرَى بِهَا خَمْسُونَ فَصَارَ حِصَّةُ المَعِيبَةِ مِنَ الْجَارِيَةِ ثَلاَثَةَ أَخْمَاسِهَا وَكَانَ الْعَيْبُ يَنْقُصُهَا الْعُشْرَ فَيَرْجِعُ بِعُشْرِ الثَّمَنِ وَهُوَ ثَلاَثَةٌ وَقَالَ فِي كِتِبِ الإِمْلاَءِ عَلَى الْمُوَطَّأ وَلَوْ صَرَفَ الدِّينَارَ بِالدَّرَاهِمِ فَوَجَدَ مِنْهَا زَائِفاً فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَخْذِهِ وَرَدِّهِ وَيَنْتَقِضُ الصَّرْفُ لأَنَّهَا صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ وَقَالَ فِيهِ أَيْضاً فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فَإِنْ كَانَ الدِّرْهَمُ زَائِفاً مِنْ قِبَلِ السَّكَّةِ أَوْ قُبْحِ الْفِضَّةِ فَلاَ بَأْسَ عَلَى الْمُشْتَرِي فِي أَنْ يَقْبَلَهُ فَإِنْ رَدَّهُ رَدَّ الصَّرْفَ كُلَّهُ لأَنَّهَا بَيْعَةٌ وَاحِدَةٌ وَإِنْ زَافَ عَلَى أَنَّهُ نُحَاسٌ أَوْ تِبْرٌ غَيْرُ فِضَّةٍ فَلاَ يَكُونُ لَهُ أَنْ يَقْبِضَهُ وَالْبَيْعُ مُنْتَقِضٌ وَقَالَ فِي كِتَابِ الإِمْلاَءِ عَلَى مَسَائِلِ مَالِكٍ الْمَجْمُوعَةِ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ ذَهَبٍ بِذَهَبٍ وَلاَ وَرِقٍ بِوَرِقٍ وَلاَ بِشَيْءٍ مِنَ الْمَأْكُولِ أَوِ الْمَشْرُوبِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ فَإِنْ تَفَرَّقَا مِنْ مَقَامِهِمَا وَبَقِيَ قِبَلَ أَحَدٍ مِنْهُمَا شَيْءٌ فَسَدَ وَقَالَ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ إِنَّهُ كَالْبَيْعِ فَإِنْ صَالَحَهُ مِنْ دَارٍ بِمِائَةٍ وَبِعَبْدٍ قِيمَتُهُ مِائةٌ وأَصَابَ بِالْعَبْدِ عَيْباً فَلَيْسَ لَهُ إِلاَّ أَنْ يَنْقُضَ الصُّلْحَ كُلَّهُ أَوْ يُجِيزَهُ مَعاً وَقَالَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِعَيْنِهَا وَلَوِ اسْتُحِقَّ الْعَبْدُ انْتَقَضَ الصُّلْحُ كُلُّهُ وَقَالَ فِي الصَّدَاقِ فَإِذَا ذَهَبَ بَعْضُ الْبَيْعِ لَمْ أَرُدَّ الْبَاقِي وَقَالَ فِي كِتَابِ الْمُكَاتِبُ نِصْفُهُ عَبْدٌ وَنِصْفُهُ حُرٌّ كَانَ فِي مَعْنَى مَنْ بَاعَ مَا يَمْلِكُ وَمَا لاَ يَمْلِكُ وَفَسَدَتِ الْكِتَابة (قال المزني) وَهَذَا كُلُّهُ مَنْعُ تَفْرِيقِ صَفْقَةٍ (قال المزني) فَإِذَا اخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي الشَّيْءِ

الْوَاحِدِ تَنَافِياً وَكَانَا كُلاًّ مَعْنىً وَكَانَ أَوْلاَهُمَا بِهِ مَا أَشْبَهَ قَوْلَهُ الَّذِي لَمْ يَخْتَلِفْ قال وَأَخْبَرَنِي بَعْضُ أَصْحَابِنَا عَنِ الْمُزَنِيِّ رَحِمَهُ الله أَنَّهُ يَخْتَارُ الصَّفْقَةِ وَيَرَاهُ أَوْلَى قَوْلَيِ الشَّافِعِيِّ».

قال الماوردي: أما الصفقة فإنها عبارة عن العقد لأن العادة من المتعاقدين جارية أن يصفق كل واحد منهما على يد صاحبه عند تمام العقد وانبرامه. وقد رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِحَكِيم بْنِ حِزَام: بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَتِكَ. فالصفقة هى العقد ولا يخلو حالها إذا جمعت شيئين من ثلاثة أقسام إما أن يكونا حلالين أو حرامين أو أحدهما حلالاً والآخر حراماً فإن كانا حلالين صح العقد فيهما وإن كانا من جنسين كرجل اشترى ثوباً وسيفاً بدينار كان الثمن مقسطاً على قيمتها وإن كانا من جنس واحد فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون أجزاؤهما مختلفة كرجل اشترى ثوبين بدينار أو عبدين فإن الثمن يتقسط على قيمتهما.

والثاني: أن تكون أجزاؤهما متماثلة كالحبوب والمائعات فإن الثمن يتقسط على أجزاؤهما وإن كانت الصفقة جمعت حرامين فالعقد باطل فيهما سواء كانا من جنسين كخنزير وزق خمر أو كانا من جنس واحد كزقين من خمر.

وإن كانت الصفقة جمعت حلالاً وحراماً كحر وعبد أو خل وخمر أو ملك وغصب فإن العقد في الحرام باطل وفي الحلال على قولين إلا أن يذكر قسط الحلال من الثمن فيصح لأن تمييز ثمنه يجعله كالعقدين.

وقال أبو حنيفة: إن كان الحرام المضموم إلى الحلال ليس بمال كخل وخمر أو عبد وحر بطل العقد إيضاً في الحلال وإن كان الحرام في حكم المال كعبد تملكه وعبد غصبه أو جاريته وأم ولده صح العقد في الحلال وإن بطل في الحرام وليس يفترق الحكم بذلك عندنا على القولين معاً.

فإذا قلنا ببطلان البيع في الحلال فله علتان:

أحدهما: أنه ببطلان البيع في الحرام يبطل من الثمن ما قابله فيصير الباقي بعده مجهولاً وجهالة الثمن تبطل البيع فوجب أن يكون البيع الحلال باطلاً لجهالة ثمنه.

والعلة الثانية: أنها لفظة واحدة قد جمعت حراماً وحلالاً وتبعيضها غير ممكن وتغليب أحد الحكمين واجب فكان تغليب حكم الحرام في إبطال العقد على الحرام أولى من تغليب الحلال في تصحيح العقد على الحلال لأن تصحيح العقد على الحرام لا يجوز وإبطال العقد على الحلال يجوز وكان ذلك بمثابة بيع درهم بدرهمين لما كان الدرهم بالدرهم والدرهم حلالاًالزائد حراماً بطل البيع في الجميع تغليباً لحكم التحريم.

وإذا قلنا بصحة البيع في الحلال فوجهه شيئان:

أحدهما: أنه لما كان لو أفرد كل واحد منهما بالعقد خالفه حكم صاحبه وجب إذا

جمع بينهما في العقد أن يخالف كل واحد منهما حكم صاحبه كالمشتري صفقة عبداً وشقصاً فيه الشفعة.

والثاني: أنه لو كان الجميع بينهما يوجب حمل أحدهما على الآخر لم يكن حمل الصحة على البطلان بأولى من حمل البطلان على الصحة كالانفراد فوجب أن يسقط اعتبار أحدهما بالآخر لتكافىء الأمرين ويحمل كل واحد منهما على مقتضاه في الحالين.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين انتقل الكلام إلى التفريع عليهما فنقول إذا قلنا إن تفريق الصفقة لا يجوز لم يخل حال الصفقة التي جمعت الحلال والحرام من أحد أمرين: إما أن تكون من عقود البياعات التي يلزم فيها الأثمان أو تكون من غير عقود البياعات فإن كانت من غير البياعات كالهبات والرهون والنكاح وهو أن ينكح أجنبية وأختاً أو يهب عبداً وحراً أو يرهن غصباً وملكاً فيبطل نكاح الأخت وهبة الحر ورهن الغصب وإن عللنا لبطلان تفريق الصفقة بأن اللفظة واحدة قد جمعت حراماً وحلالاً فغلب حكم التحريم بطل نكاح الأجنبية لبطلان نكاح الأخت وهبة العبد لبطلان هبة الحر ورهن الملك لبطلان رهن الغصب. وإن عللنا لبطلان تفريق الصفقة بأن الثمن يصير مجهولاً صح نكاح الأجنبية وهبة العبد ورهن الملك لأنها عقود لا تتضمن أثماناً أتبطل بجهالتها وإن كانت الصفقة من عقود البياعات لم يخل حال ما جمعته الصفقة من الحلال والحرام من أحد أمرين أن تكون مما يتقسط الثمن على قيمته أو على أجزائه فإن كان مما يتقسط الثمن على أجزائه مثل قفيزين من حنطة أحدهما مغصوب والآخر مملوك أو عبد نصفه حر ونصفه رقيق فإن عللنا لبطلان الصفقة بأن اللفظة جمعت حراماً وحلالاً بطلت الصفقة كلها ها هنا لوجود هذه العلة. وإن عللنا بأن الثمن يصير مجهولاً صح البيع ها هنا في الحلال وإن بطل في الحرام لأن ما يتقسط الثمن على أجزاءه قد أمن فيه جهالة ثمنه لأنه إذا ابتاع قفيزين بدينارين فمعلوم أن النصف دينار. وإذا ابتاع عبداً بمائة فمعلوم أن نصفه بخمسين وإن كان مما يتقسط الثمن على قيمته كحر وعبد أو ثوب مغصوب ومملوك أو أم ولد وأمة أو وقف وملك أو شاة وخنزير أو خل وخمر فالصفقة فيهما باطلة على العلتين معاً لأننا إن عللنا بأن اللفظة جمعت حراماً وحلالاً فهي موجودة في هذا الموضع. وإن عللنا بأن الثمن يصير مجهولاً فهي موجودة أيضاً وهذا بيان الحكم بأن تفريق الصفقة لا يجوز وما يتفرع عليه.

فصل: إذا قلنا ان تفريق الصفقة يجوز بطل البيع في الحرام ولم يبطل في الحلال وكان للمشتري الخيار لأجل تفريق الصفقة عليه بين المقام على الحلال أو فسخ البيع فيه فإن فسخ رجع بالثمن وإن أقام اعتبر حال الحرام المضموم إليه في الصفقة فإن لم يكن مالاً ولا في حكم المال كالميتة والخمر والخنزير كان للمشتري أن يتمسك بالحلال بجميع الثمن وإن كان المضموم إليه مالاً كالمغصوب أو المجهول أو كان في حكم المال كأم الولد

والوقف أو يمكن أن يقوم تقويم المال كالحر فهذا على ضربين: **أحدهما**: أن يكون مما يتقسط الثمن على قيمته ففيه قولان:

أحدهما: أنه يقيم على الحلال بجميع الثمن لأمرين:

أحدهما: أن الحرام مالم يتناوله العقد فلم يقابله شيء من الثمن وصار جميعه ثمناً لما تضمنه العقد من الحلال **والثاني**: أن ما خرج من الصفقة من الحرام نقص في المبيع كعبد قطعت يده قبل التسليم فيكون لمشتريه الخيار في الفسخ أو المقام عليه بجميع الثمن فعلى هذا القول إن اختار المشتري أن يقيم على الحلال بجميع الثمن فلا خيار للبائع لأنه لما رضي أن يأخذ الثمن على شيئين فأولى أن يرضى بأخذه عن أحدهما والقول الثاني وهو أصح أن يقيم على الحلال بحسابه من الثمن وقسطه لأنهما جعلا الثمن في مقابلة الحلال والحرام فلم يجز أن يجعل الثمن في مقابلة الحلال وحده دون الحرام لأنه غير ما تضمنه بذل البائع وقبول المشتري فعلى هذا القول إن اختار المشتري المقام على الحلال وأخذه بحسابه من الثمن وقسطه فهل يكون للبائع الخيار أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له الخيار لأجل ما يدخل عليه من نقص الثمن.

والوجه الثاني: لا خيار به لأن نقص الثمن الداخل عليه في مقابلة بعض المبيع الباقي معه فحصل من هذا أن الحلال المضموم في الصفقة إلى الحرام ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يأخذه بجميع الثمن وهو أن يكون مضموماً إلى ما ليس بمال.

والثاني: أن يأخذه بحصته من الثمن وهو أن يكون مضموماً إلى ما يتقسط الثمن على أجزائه.

والثالث: ما يكون فيما يأخذه به قولان وهو أن يكون مضموماً إلى مال يتقسط الثمن على قيمته.

فصل: فإذا بطل بعض الصفقة بمعنى حادث بعد العقد كعبدين مات أحدهما قبل القبض فبطل البيع فيه فقد اختلف أصحابنا في الباقي منها فكان أبو إسحاق المروزي يخرج البيع فيه على قولين من تفريق الصفقة وسوى بين الفساد المقارن للعقد وبين ما حدث بعد العقد وامتنع سائر أصحابنا من تخريج ذلك على قولين وأجازوا بيع الباقي قولاً واحداً لسلامته فلم يقدح فيها ما حدث من فساد بعضها لأننا إن عللنا في بطلان الصفقة بأن اللفظة جمعت حراماً وحلالاً عدمت هذه العلة ها هنا. فإذا ثبت أن البيع في الباقي جائز قولاً واحداً فإن للمشتري أن يقيم عليه بحصته من الثمن قولاً واحداً وخرجه أبو إسحاق على قولين تسوية بين الأمرين والله أعلم بالصواب.

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

بَابُ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْنِ وَإِذَا قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَاأَدْفَعُ حَتَّى أَقْبِضَ

قَـالَ الشَّـافِعِيُّ رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَـالَى: «أَخْبَـرَنَـا سُفْيَـانُ عَنْ مُحَمَّـدِ بْنِ عَجْـلَانَ عَنْ عَوْنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْن مَسْعُودٍ أَنَّ رَسُـولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَـانِ فَالْقَـولُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ[1] (قال) وَقَالَ مَالِكٌ إِنَّهُ بَلَغَهُ عن ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ كانَ يُحَدِّثُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ «أَيُّمَا بَيِّعَين تَبَايَعَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ أَوْ يَتَرَادَّانِ» (قال الشَّافِعِي) قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي والْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيهِ فَإِذَا تَبَايَعَا عَبْداً فَقَالَ الْبَـائِعُ بِأَلْفٍ وَالمُشْتَرِي بِخَمْسِمَـائَةٍ فَـالْبَائِـعُ يَدَّعِي فَضْـلَ الثَّمَنِ وَالمُشْتَرِي يَـدَّعِي السِّلْعَةَ بِـأَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ فَيَتَحَالَفَانِ».

قال الماوردي: اعلم أن اختلاف المتبايعين على ضربين أحدهما أن يختلفا في أصـل العقد والثاني في صفته فإن كان اختلافهما في أصل العقد مثل أن يقول البائـع بعتك عبـدي بألف فيقول الآخر ما اشتريته. أو يقول المشتري اشتريت منك عبدك بألف فيقول المالـك ما بعته فالقول قول منكر العقد مع يمينه بائعاً كـان أو مشتريـاً إلا أن يقيم مدعي العقـد بينته ولا تحـالف بينهما لقـوله ﷺ: الْبَيِّنَـةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ[2]. وهكـذا لو ادعى أحدهما العقد على وجه يصـح وادعاه الآخـر على وجه يفسـد مثل أن يقـول أحدهمـا بعتك عبدي هذا بألف حالة ويقول الآخـر بألف مؤجلة إلى العـطاء أو بخيار شـرط فالقـول من هذا العقد قول من ادعى فساده دون صحته لأن دعواه تضمنت نفي العقد فصار كالمنكر له.

فصل: وإن كان اختلافهما في صفة العقد دون أصله فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون اختلافهمـا فيما يخلو منـه العقد كـاختلافهمـا في قدر الثمن أو في صفته أو في قدر المثمن أو في صفته.

---

(١) أخرجه أبـو داود الطيـالسي في المسند (٣٩٩) وأحمـد ١/٤٦٦ والدارمي ٢/٢٥٠ وأبـو داود ٣/٧٨٠ حديث (٣٥١١ و٣٥١٢) والنسائي٧/٣٠٢ وابن مـاجة ٢/٢٣٦ حـديث (٢١٨٦) والدارقـطني ٣/٢١ (٧٢) والحاكم ٢/٤٥.

(٢) بنحوه أخرجه البخاري حـديث (٤٥٥٢) ومسلم ١/١٧١١ والترمـذي ٣/٦٢٦ حديث (١٣٤١) وانـظر نصب الراية ٤/٩٥.

والضرب الثاني: أن يكون اختلافهما مما قد يخلو منه العقد كاختلافهما في الأجل أو في قدره أو في الخيار أو في قدره أو في الرهن أو في قدره أو في الضمين أو في عينه.

فأما الضرب الأول وهو أن يكون اختلافهما فيما لا يخلو منه العقد من قدر الثمن أو صفته أو قدر المثمن أو صفته فالاختلاف في قدر الثمن أن يقول البائع بعتك هذا العبد بألف درهم ويقول المشتري بخمسمائة والاختلاف في صفته أن يقول البائع بدراهم صحاح ويقول المشتري بمكسرة أو يقول البائع بدراهم بيض ويقول المشتري بدراهم سود والاختلاف في قدر المثمن أن يقول البائع بعتك العبد بألف ويقول المشتري بل بعتني كذا بألف أو يقول البائع بعتك هذا كذا من طعام بألف فيقول المشتري بل بعتني العبد مع الفرس بألف. والاختلاف في صفة المثمن أن يقول أسلمت إليك درهماً في طعام ميساني فيقول بل في طعام شامي أو في ثياب مروي فيقول بل في هروي فإذا كان اختلافهما فيما ذكرت فقد اختلف الفقهاء في العقد على خمسة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب شريح والشعبي أن يقول فيه قول البائع لأن المبيع على ملكه.

والمذهب الثاني: وهو مذهب أبي ثور وداود أن القول قول المشتري اعتباراً ببراءة ذمته.

والمذهب الثالث: وهو مذهب مالك أن القول قول من الشيء في يده لأن فيه دلالة على ملكه.

والمذهب الرابع: وهو مذهب أبي حنيفة أنه إن كانت السلعة تالفة فالقول قول المشتري وإن كانت باقية بحالها تحالفا.

والمذهب الخامس: وهو مذهب الشافعي يتحالفان بكل حال سواء كانت السلعة قائمة أو تالفة ولا اعتبار باليد إلا أن يكون تلفها قبل القبض فإن ذلك مبطلاً للعقد.

واستدل أبو حنيفة على أن تلف السلعة يمنع من التحالف ويوجب قبول قول المشتري بما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَلَا بَيِّنَةَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ تَحَالَفَا أَوْ تَرَادَّا» فشرط في التحالف بقاء السلعة. فاقتضى انتفاء التحالف مع تلف السلعة، وقال ولأنه فسخ ثبت مع بقاء المبيع فوجب أن يسقط مع تلفه كالرد بالعيب قال: ولأنه مبيع تلف عن عقد صحيح فوجب أن ينتفي عنه الفسخ أصله إذا تلف المبيع في خيار الثلاث بعد لزوم العقد وبطل أن يستحق مع تلفه الفسخ قال: ولأن المبيع إذا قبض بالقيمة فهو مضمون على مشتريه بالثمن فلو جاز تحالفه بعد الثمن لصار مضموناً عليه بالقيمة دون الثمن وهذا مما ينافي ضمان العقد.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه من تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفها ما روي عن

النبي ﷺ أنـه قال: «الْبَيِّنَـةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» وكـل واحد من المتـابيعين منكـر ومدع لأن البـائع يقـول بعت بألف ولم أبـع بخمسمائـة والمشتـري يقـول: اشتـريتـه بخمسمائة ولم اشتـره بألف صح ذلك أن كـل واحد منهمـا يجوز أن يقيم البينـة والبينة إنمـا تسمع من المدعي دون المنكر فدل على أن كل واحد منهما مدع بما يجوز أن يتحالفا مع بقاء السلعة بوفاق أبي حنيفة واليمين عند أبي حنيفة أنما تكون على المنكر دون المدعي فثبت أن كل واحد منهما منكر فصار كل واحد منهما مدعياً منكراً فوجب أن يتحالفا. ويـدل على ذلك أيضـاً الحديث الـذي رواه الشافعي عن ابن مسعـود رضي الله عنـه أن النهي ﷺ قـال: «إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخَيَـارِ» ولم يفرق بين بقـاء السلعة وتلفهـا. فإن قيل فقد شـرط بقاء السلعـة في التحالف في الخبـر الآخر فصـار هذا الإطـلاق محمولاً على ذلك التقييد كمـا حملتم إطلاق العتق في كفـارة الظهـار على التقييد العتق في كفـارة القتل؟ قيـل ليس هذا من المقيـد الذي يحمـل إطلاق جنسـه عليه لأن إطـلاق خبـرنـا إنمـا يـوجب تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفها فصار قوله والسلعة قائمة بعض ما تناوله إطلاق خبـرنا وذلـك لا يوجب التخصيص لأنه لا ينافيه. فإن قيل فمـا الفائـدة من قولـه إذا اختلفا والسلعـة قائمـة تحالفا مع استواء الحكم في قيامها وتلفها قيل يحتمل وجوهاً:

أحدها: التنبيه على حكم التحالف مع التلف لأن بقاء السلعة يمكن معه اعتبار قيمتها فيغلب به قول من كانت دعواه أقرب إليه ومع التلف لا يمكن فلما أسقط اعتبـار هذا وأوجب التحالف مع قيام السلعة كان وجوب التحالف مع تلفها أولى.

والثاني: أنه نص على بقـاء السلعة إسقـاط لاعتبار اليـد بخلاف قـول مالـك حتى إذا تحالفا مع وجود اليد كان تحالفهما مع زوال اليد أولى.

والثـالث: أنه نص على بقـاء السلعة لأن تلفهـا قد يكـون مبطلاً للعقـد إذا كـان قبـل القبض وبقاؤها ليس يبطل معه العقد فيتحالفان مع بقائها ولا يتحالفان مع تلفها. فإن قيل فلا دلالة لكم في هذا الخبر لأنه جعـل القول فيـه قول البـائع وأنتم لا تقـولون بـه قيل قـد جعل المشتري بعد بالخيار ومن جعل القول قول البائـع على الإطلاق لم يجعـل للمشتري خيـاراً وإذا ثبت خيار المشتري بعـد يمين البائـع فخياره في قبـول السلعة بمـا حلف عليه البـائع أو يحلف بعده ويفسخ البيع، وكذا القول في تحالفهما وإنما خص النبي ﷺ البائع بالذكـر لأنه المبتدىء باليمين... ويدل على المسألة من طريق المعنى أنـه اختلاف في صفـة عقد بيـع صحيح فاقتضى أن يوجب التحالف.

أصله إذا كانت السلعة قـائمة ولأن مـا يوجب فسـخ العقد يستـوي فيه البـاقي والتالف كالاستحقاق. ولأنه فسخ لا يفتقر إلى تراضيهما فإذا صح مع تراد الأعيان صح مع تراد القيم

أصله إذا اشترى عبداً بجارية وتقابضا ثم تلفت الجارية ووجد بالعبد عيباً فله رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية لفسخ العقد بعد تلفها كما كان له فسخه مع بقائها.

فأما الجواب عن استدلالهم بحديث ابن مسعود رضي الله عنه فقد مضى في معارضة خبرنا.

وأما الجواب عن قياسه على الرد بالعيب فالمعنى فيه أن العيب فيما تلف يقدر على استدراك ظلامته بالأرش فلم يفسخ وليس كذلك في اختلافهما لأن كل واحد منهما لا يقدر على استدراك ظلامته إلا بالتحالف فجاز أن يتحالفا مع التلف. ولا وجه لقوله إن السلعة بعد تلفها لا تقبل الفسخ كما لا يقبل ابتداء العقد وإن أقاله العبد الآبق لا تصح ولا تقبل الإقالة كما لا يقبل ابتداء العقد لأنه يقول فيمن ابتاع عبداً وقتل في يد البائع أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ ويسترجع الثمن أو يقيم على البيع ويأخذ من القاتل قيمة العبد فقد جعل العقد بعد التلف قابلاً للفسخ كذلك فيما جعلنا أصلاً معه من بيع العبد بالجارية إذا تلفت ووجد بالعبد عيباً أن له رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية فجعل العقد بعد التلف قابلاً للفسخ كما كان قبل التلف وهاتان المسألتان ينقضان العلة وأما الجواب على قياسهم على خيار الثلاث فحكم الأصل غير مسلم فلم تسلم. فأما الجواب عن قولهم أن المقبوض عن البيع الصحيح مضمون بالثمن دون القيمة فهو أن هذا الاستدلال باطل بمبتاع العبد بالجارية إذا تلفت ووجد بالعبد عيباً لأن الجارية قد كانت مضمونة بالعبد الذي هو الثمن ثم صارت بعد الفسخ بالعيب مضمونة بالقيمة دون الثمن. فأما من جعل القول في اختلاف المتابيعين قول البائع لأن المبيع على ملكه فيقابل بمثله. فيقال: يجب أن يكون القول قول المشتري لأن الثمن على ملكه فتساوى القولان وبطل التعليل.

وأما من جعل القول قول المشتري لأن الأصل براءة ذمته فيقابل أيضاً بمثله، والأصل أنه غير مالك لسلعة البائع فتساوى القولان وسقط التعليل.

وأما من جعل القول قول من السلعة في يده فيقابل أيضاً بمثله فيقال هاهنا سلعة في يد أحدهما وثمن في يد الآخر فيجب أن يكون القول قول من الثمن في يده فيتساوى القولان، ويسقط التعليل ولما كان التعليل لهذه المذاهب كلها متقابلاً في الجهتين لم يرجع قول أحد المتبايعين وصح مذهبنا في تحالفهما لتساوي حكمهما والله أعلم.

فصل: فأما إذا اختلف المتبايعان فيما قد يخلو منه العقد كالأجل إذا ادعاه أحدهما ونفاه الآخر أو اتفقا على الأجل في قدره واختلفا في الخيار إذا ادعاه أحدهما ونفاه الآخر أو اتفقا على الخيار واختلفا في قدره أو اختلفا في الرهن أو الضمين إذا ادعاه ونفاه الآخر أو اتفقا على الرهن واختلفا في تقديره فعندنا أنهما يتحالفان كما يتحالفان في اختلافهما في الثمن والمثمن.

وقال أبو حنيفة: لا يتحالفان في هذا كله ويكون القول قول من نفاه استدلالاً بأن العقد يصح مع الخلو منه فصار مدعيه مستأنفاً للدعوى فيه لأن مقصود العقد هو ما كان عوضاً من ثمن أو مثمن وهذه كلها غير مقصودة فلم يتساوى مع حكم المقصود.

وهذا الذي قاله خطأ لعموم الخبرين من غير تخصيص. ولأن صفات العقد ملحقة بأصله فوجب أن يكون حكمها في التحالف كحكمه. ولأن هذه كلها قد تأخذ من الثمن قسطاً لأن الثمن قد يزيد وينقص بعدمها فصارت في الحكم كأجزاء الثمن والمثمن وليس لما قاله من أن خلوها من العقد جائز وجهاً في المنع من التحالف لأن زيادة الثمن قد يصح أن تخلو من العقد ولا تمنع من جواز التحالف، ولا لقوله إنها غير مقصودة في نفسها وإنما هي تبع لغيرها وجه أيضاً لأنها قد تقصد ولذلك شرطت ولو لم تقصد وكانت تبعاً لوجب أن تلحق بحكم يسوغها والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا حَلَفَا مَعاً قِيلَ لِلْمُشْتَرِي أَنْتَ بِالْخِيَارِ فِي أَخْذِهِ بِأَلْفٍ أَوْ رَدِّهِ وَلَا يَلْزَمُكَ مَا لا تُقِرُّ بِهِ».

قال الماوردي: إذا ثبت أن اختلاف المتبايعين يوجب التحالف مع بقاء السلعة وتلفها فالتحالف إنما يكون عند حاكم نافذ الحكم لأن الأثمان المستحقة في الدعاوى إنما تتعلق بها الأحكام عند الحكام، ولو تحالفا لأنفسهما لم يكن لأيمانهما تأثير في فسخ ولا لزوم. وإذا كان كذلك وأراد الحاكم أن يحلفهما عند اختلافهما فقد قال الشافعي في كتاب السلم الكبير في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى يبدأ بإحلاف البائع قبل المشتري وقال في كتاب المكاتب ما يقتضيه ثم خالف في الصداق فقال: إذا اختلف الزوجان في المهر وتحالفا بدأت بالزوج وهذا مخالف لما تقدم لأن الزوج يحل محل المشتري. وقال في كتاب الدعوى والبينات وآداب القضاة إن بدأ البائع باليمين خير المشتري وإن بدأبها المشتري خير البائع وهذا يدل على أن للحاكم تقديم أيهما شاء فهذه ثلاثة نصوص مختلفة.

واختلف أصحابنا فيها على طريقين. فمنهم من جعلها أقاويل مختلفة وخرج المسألة على ثلاثة أقاويل:

أحدها: يبدأ بيمين البائع لأنه أقوى جنبة لعود المبيع إليه بيمينه.

والثاني: أنه يبدأ بيمين المشتري لأنه أقوى جنبة لكون المبيع وقت التحالف على ملكه. والقول الثاني أن للحاكم تقديم أيهما شاء لاستوائهما في الدعوى.

وقال آخرون من أصحابنا: وهو أصح أنه ليس اختلاف هذه النصوص لاختلاف الأقاويل وإنما الجواب على ظاهره في البيوع والصداق فيبدأ في البيع بإحلاف البائع قبل المشتري على ظاهر نصه وفي الصداق بإحلاف الزوج قبل الزوجة على ظاهر نصه.

والفرق بينهما أن تحالفهما في البيع يرد المبيع إلى يد بائعه فبدىء بإحلافه. وتحالفهما في المهر لا يرفع ملك الزوج عن البضع وهو بعد التحالف على ملكه فبدىء بإحلافه. وأما ما قاله في الدعوى والبينات فإنما أراد به أن الحاكم إن أداه اجتهاده إلى تقديم المشتري جاز وإن أداه اجتهاده إلى تقديم البائع جاز لأن تقديم أحدهما طريقة الاجتهاد دون النص فجاز أن يؤدي الاجتهاد إلى تقديم كل واحد منهما وليس كاللعان الذي ورد النص بتقديم الزوج ولا يجوز خلافه. فإذا ثبت أنه يبدأ بيمين البائع على ما شرحنا من المذهب فهل تقديمه في اليمين من طريق الأولى إلى طريق الاستحقاق على وجهين:

أحدهما: أن تقديمه على طريق الاستحقاق فإن قدم عليه المشتري لم يجز إلا أن يؤديه اجتهاده إليه.

والوجه الثاني: أن تقديمه على طريق الأولى، فإن قدم عليه المشتري جاز وإن لم يؤده اجتهاده إليه، والأول أشبه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَأَيُّهُمَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ وَحَلَفَ صَاحِبُهُ حُكِمَ لَهُ (قال) وَإِذَا حَكَمَ النَّبِيُّ ﷺ وَهُمَا مُتَصَادِقَانِ عَلَى الْبَيْعِ وَمُخْتَلِفَانِ فِي الثَّمَنِ بِنَقْضِ الْبَيْعِ وَوَجَدْنَا الْفَائِتَ فِي كُلِّ مَا نَقَضَ فِيهِ الْقَائِمُ مُنْتَقِضاً فَعَلَى الْمُشْتَرِي رَدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِماً أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ كَانَ فَائِتاً كَانَتْ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ أَكْثَرَ (قَالَ الْمُزَنِي) يَقُولُ صَارَا فِي مَعْنَى مَنْ لَمْ يَتَبَايَعْ فَيَأْخُذُ الْبَائِعُ عَبْدَهُ قَائِماً أَوْ قِيمَتَهُ مُتْلَفاً (قال) فَرَجَعَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ إِلَى مَا قُلْنَا وَخَالَفَ صَاحِبَيْهِ وَقَالَ لَا أَعْلَمُ مَا قَالَا إِلَّا خِلَافَ الْقِيَاسِ وَالسُّنَّةِ (قال) وَالْمَعْقُولُ إِذَا تَنَاقَضَاهُ والسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ تَنَاقَضَاهُ وَهِيَ فَائِتَةٌ لِأَنَّ الْحُكْمَ أَنْ يُفْسَخَ الْعَقْدُ فَقَائِمٌ وَفَائِتٌ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: إذا ثبت أن البداية في تحالفهما بيمين البائع على الصحيح من المذهب فقد اختلف أصحابنا هل يحلف كل واحد منهما يميناً أو يمينين على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر نصه أنه يحلف يميناً واحدة تجمع النفي والإثبات لأنه يقصد بيمينه تصديق قوله على عقد واحد فاحتاج إلى يمين واحدة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج أن كل واحد منهما يحلف يمينين يميناً أولة للنفي ويميناً ثانية للإثبات كالمتداعيين داراً في أيديهما إذا تحالفا عليها حلف كل واحد منهما يمينين لأنه لا يجوز أن يكون يمين الإثبات للمدعي قبل نكول المدعى عليه. فإذا قيل بالوجه الأول أن كل واحد منهما يحلف يميناً واحدة فقد اختلف أصحابنا في صفتها هل يتقدم الإثبات فيها على النفي أو النفي على الإثبات. على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يبدأ في يمينه بالإثبات ثم بالنفي فيقول

البائع: والله لقد بعت هذا العبد بألف ولم أبعه بخمسمائة ويقول المشتري والله لقد اشتريت هذا العبد بخمسمائة ولم أشتره بألف. قال: ولأن المقصود بهذه اليمين الإثبات والنفي تبع فوجب أن يبدأ بالمقصود قبل التبع، كما أن اليمين في اللعان يبدأ فيها بالإثبات قبل النفي.

والوجه الثاني: وهو ظاهر نصه أنه يبدأ بالنفي ثم الإثبات فيقول البائع: والله ما بعتك هذا العبد بخمسائة ولقد بعتك بألف، ثم يقول المشتري: والله ما اشتريته بألف ولقد اشتريته بخمسمائة لأن كل واحد منهما يتنزل في إحلافه منزلة المدعى عليه ثم يصير بمنزلة المدعي فاقتضى أن يكون أول يمينه النفي اعتباراً بحكم المدعى عليه وآخر يمينه الإثبات اعتباراً بحكم المدعي.

والوجه الثالث: وهو قول بعض البصريين أن البائع يحلف فيقول والله ما بعت هذا العبد إلا بألف ويحلف المشتري فيقول والله ما اشتريته إلا بخمسمائة. قال لأن هذا أسرع إلى فصل القضاء وقد قيل في تأويل قوله تعالى ﴿**وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ**﴾ [صٓ: ٢٠]. إنه سرعة القضاء. فهذا اختلاف أصحابنا في صفة يمينه إذا قيل إن لكل واحد منهما أن يحلف يمينا واحدة.

فأما إذا قيل بالوجه الثاني إن حظ كل واحد منهما أن يحلف يمينين فلا خلاف بينهم أنه يبدأ في اليمين الأولى بالنفي وفي اليمين الثانية بالإثبات فيقول البائع والله ما بعتك هذا العبد بخمسمائة، ويقول المشتري والله ما اشتريت منك هذا العبد بألف ثم يحلف البائع ثانية فيقول والله لقد بعتك هذا العبد بألف ويقول المشتري والله لقد اشتريت منك هذا العبد بخمسمائة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من صفة أيمانهما فينبغي للحاكم إذا حلف أحدهما أن لا يحلف الآخر إلا بعد أن يعرض المبيع عليه بما حلف عليه صاحبه فإن رضي بقوله لم يحلف وإن لم يرض أحلفه، فإن بدأ بإحلاف البائع قال للمشتري أترضى أن تقبله بالألف التي حلف البائع عليها، فإن قال نعم لم يحلف وإن قال لا أحلفه، ولو بدأ الحاكم بإحلاف المشتري قال للبائع أترضى أن تمضي البيع بخمسمائة التي حلف عليها المشتري، فإن قال نعم لم يحلفه وإن قال لا أحلفه، ولو قلنا إنه يحلف كل واحد منهما يمينين فأحلف البائع يميناً أحلف المشتري بعده يميناً من غير أن يعرض عليه قبول المبيع، فإذا عاد البائع فحلف بالله يميناً حينئذ عرض المبيع على المشتري قبل يمينه الثانية. وإنما كان كذلك لأن عرض ذلك على المشتري إنما يكون بعد يمين البائع على أثبات ما ادعى ويمينه الأولى للنفي لا للإثبات. فإذا تقرر هذا فلهما ثلاثة أحوال:

حال يحلفان معاً، وحال ينكلان معاً، وحال يحلف أحدهما وينكل الآخر. فإن نكلا معاً تركهما ولم يحكم بقول واحد منهما، وقطع الخصومة بينهما، وإن حلف أحدهما ونكل

الآخر حكم للحالف منهما على الناكل، فإذا كان الحالف منهما هو البائع ألزم المشتري دفع ما حلف عليه البائع من الثمن، ومتى قلنا على كل واحد منهما يمينين فحلف أحدهما يمينين وحلف الآخر يميناً واحدة كان كالناكل وقضى عليه. فأما إذا حلفا جميعاً فقد اختلف أصحابنا هل ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف أو يفسخ بوقع بينهما بعد التحالف على وجهين:

أحدهما: أن الفسخ قد وقع بنفس التحالف كالفسخ بين المتلاعنين لقوله ﷺ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا فعلى هذا لو أراد المشتري بعد التحالف أن يقبله بما قال البائع لم يجز إلا باستئناف عقد وكذا لو أراد البائع أن يبذله بما قال المشتري لم يجز إلا باستئناف عقد.

والوجه الثاني: وهو ظاهر نصه أن الفسخ لا يقع بينهما بنفس التحالف حتى يوقع الفسخ بينهما بعد التحالف لأن كل واحد منهما يقصد بيمينه إثبات الملك فلم يجز أن تكون موجبة لفسخ الملك لأنهما ضدان فعلى هذا بماذا يكون الفسخ بعد التحالف فيه وجهان:

أحدهما: أن الفسخ يكون إلى كل واحد من المتبايعين فأيهما فسخ صح اعتباراً بفسخ العيوب التي تكون موقوفة على المتعاقدين دون غيرها.

والوجه الثاني: أن الفسخ لا يقع إلا بفسخ الحاكم كما في الفسخ بالعنة وعيوب الزوجين لأنها عن اجتهاد فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم ينفسخ حتى يفسخه عليهما الحاكم، ولا يجوز للحاكم أن يفسخه بعد تحالفهما إلا عن مسألتهما بعد عرض ذلك على كل واحد منهما كما يعرضه على الثاني بعد يمين الأول ثم يفسخه بينهما حينئذ، فلو تراضيا بعد تحالفهما وقبل فسخه هل البيع بقول أحدهما صح العقد.

فصل: فإذا انفسخ بينهما بالتحالف أو بإيقاع الفسخ بعد التحالف فقد اختلف أصحابنا هل يقع الفسخ ظاهراً وباطناً أو يقع في الظاهر دون الباطن على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الفسخ قد وقع ظاهراً وباطناً سواء كان البائع ظالماً أو مظلوماً كالفسخ باللعان وكالفسخ عند تحالف الزوجين في نكاح الولي، فإن ذلك يقع ظاهراً وباطناً كذلك في البيع، فعلى هذا إذا عادت السلعة إلى البائع كان له أن يتصرف فيها بما شاء من أنواع التصرف كما يفعل في سائر أمواله وإن كانت جارية جاز أن يطأها.

والوجه الثاني: أن الفسخ يقع في الظاهر دون الباطن سواء كان البائع ظالماً أو مظلوماً. لأنهما يتفقان مع الاختلاف على صحة العقد وانتقال الملك، وحكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه في الباطن لقوله ﷺ: «إِنَّمَا أَحْكُمُ بِالظَّاهِرِ وَيَتَوَلَّى اللَّهُ السَّرَائِرَ»[1]

(١) انظر تذكرة الموضوعات للفتني.

فعلى هذا إذا عاد المبيع إلى البائع قيل لـه: إن كنت تعلم فيما بينـك وبين الله أنك كـاذب، وإن المشتـري صادق فليس لـك أن تتصرف في المبيـع بوجـه لأنه ملك لغيـرك، وأنت غيـر ممنوع من ثمنه، فـإن تصرفت فيـه كنت كمن تصرف في مـال غيره متعـدياً، وإن كنت تعلم أنك صادق وأن المشتري كاذب فالمبيع للمشتري وأنت ممنوع من ثمنه فليس لك أن تطأ إن كان المبيع جارية وأن لا تهب وتكون كمن له مـال على غيره لا يقـدر على أخذه منـه، وظفر بشيء من ماله فتبيع السلعة لتصل إلى حقك من ثمنها. وفي المتولي لبيعها وجهان:

أحدهما: يكون هو المتولي لبيعها.

والثاني: تولاه الحاكم، فإذا بيعت فـإن كان الثمن بقـدر حقك فلك أخـذ حقك، وإن كان أكثر من حقك فعليك رد الباقي، وإن كان الثمن أقل من حقك فـالباقي دين لـك في ذمة المشتري.

والوجه الثالث: أنه إن كـان البائـع مظلومـاً والمشتري ظـالماً وقـع الفسخ في الـظاهر والباطن، وقد أشار إلى هذا الوجه أبو إسحاق المروزي تعلقاً بـأن الملك للمشتري بـالعقد، وإن كان البائع مظلوماً لم ينتقل ملكه لأنه تعذر عليه أخـذ الثمن ووجد عين مـاله فجـاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله وإن كان المشتري ظالماً صار بالظلم مانعاً من ثمنها، فصار أسوأ حالاً من المفلس الذي يزال ملكه بالإفـلاس لتعذر الثمن فكـذلك هـذا يزال ملكـه بالـظلم لتعذر الوصول إلى الثمن فعلى هذا إن كان البائع مظلوماً فقد وقع الفسخ ظاهراً وباطناً وجاز للبـائع إذا عادت السلعة إليه أن يتصرف كيف شاء. فإن كانت جارية جاز له أن يطأها وإن كان البائع ظالماً أوقع الفسخ في الظاهر دون الباطن ولم يكن له أن يتصرف فيها بوجه، لأنها ملك لآخر وهو غير ممنوع من حقه.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من حال الفسخ بالتحالف أو بعد التحـالف وهذا مـا أعوزت البينة. فأما مع البينة فلا تحالف والحكم بها أولى. فإن أقام كل واحد منهما بينة فقد تعارضتا وفيها قولان على ما نذكره من تعارض البينتين في العقود:

أحدهما: إسقاط البينتين والتحالف.

والثاني: الإقراع بينهما. وإذا وقع الفسـخ و جب رد السلعة على بـائعها سـواء قيل إن الفسخ قد وقع ظاهراً وباطناً أو قد وقـع في الظاهر دون البـاطن. فإن كـانت السلعة تـالفة فـلا يخلو حالها من أحد أمرين: إما أن تكون مما لها مثل. أو مما لا مثل لها. فـإن كانت ممـا لا مثل لها وجب رد قيمتها. وفي اعتبار أزمان القيمة وجهان:

أحدهما: وقت التلف.

والثاني: أكثر ممـا كانت قيمتـه من وقت القبض إلى وقت التلف. فإن اختلفـا في قدر

القيمة فالقول قول المشتري مع يمينه اعتباراً ببراءة ذمته وسواء كانت القيمة أكثر مما ادعاه البائع أو أقل لبطلان ما ادعاه واستحقاق المبيع. وإن كانت السلعة المبيعة مما له مثل كالحنطة والشعير ففيه وجهان:

أحدهما: عليه رد مثله كالمغصوب.

والثاني: وهو أصح أن عليه غرم قيمته لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل وإنما ضمنه بالعوض دون المثل بخلاف الغصب.

فصل: فأما ما أخذه المشتري من المبيع قبل الفسخ من غلة أو ثمرة أو نتاج فكله على ملك المشتري لا يلزمه رد شيء منه على البائع لأنه كان ملكاً له حين استغله وإنما زال ملكه عنه بما حدث من الفسخ وكذا لو كانت أمة فوطئها لم يلزمه إذا تحالفا أن يرد المهر إلا أن تكون بكراً فتصير بوطئه ثيباً فيلزمه للبائع أرش بكارتها ولو كان قد أحبلها صارت أم ولد ولا يمنع ذلك من التحالف كما لو أعتق ولكن إذا تفاسخا بالتحالف رجع عليه بقيمتها. إذا أولد أو أعتق وكذلك لو كان باعها لم ينفسخ بيعه ووجب عليه قيمتها. ولو كان قد آجر ما ابتاعه أو كانت أمة فزوجها ثم تحالفا وتفاسخا لم تبطل الإجارة ولا النكاح لأنه عقد تولاه مالك حين العقد والأجرة والمهر ملك للمشتري لاستحقاق ذلك بالعقد الذي كان في ملكه، لكن للبائع أن يرجع على المشتري في الأمة فيما بين قيمتها خلية وذات زوج وفي المؤاجر فيما بين قيمته مطلقاً أو مؤاخراً فلو كان المشتري قد رهنه فتحالفا أو تفاسخا جاز ولم ينفسخ الرهن، وهل له أن يؤاخذ المشتري بفكاكه قبل محله أم لا. على وجهين: كمن أذن لغيره في رهن عبده فلو بيع في الرهن ضمن المشتري قيمته للبائع، وإن افتكه منه رده على بائعه وبرىء من ضمانه. وإذا ابتاع عبداً واختلفا في ثمنه وحلف كل واحد من البائع والمشتري على دعواه بعتقه فلا حكم لهذه اليمين في فسخ البيع. وإذا تحالفا بالله تعالى وعاد العبد إلى البائع بالفسخ عتق عليه لإقراره أنه عتق على المشتري بحنثه، ولو قبله المشتري بما قاله البائع بعد ثمنه أو قبلها أعتق على المشتري لأنه قد أحنث نفسه بتصديق البائع، ولو سلمه البائع إلى المشتري بما قال قبل يمينه أو بعدها لم يعتق العبد على واحد منهما، أما المشتري فلأنه مصدق على ما حلف وأما البائع فلأنه غير مالك لما حنث بعتقه فإن رد العبد عليه بعيب عتق عليه حينئذ بحنثه وإذا ابتاع الوكيل لموكله عبداً ثم اختلف الوكيل والبائع في ثمنه فهل يكون التحالف للبائع والوكيل أو الموكل على وجهين:

أحدهما: أن الوكيل هو الذي يحلف لأنه المتولي للعقد وإن نكل الوكيل عن اليمين صار البيع لازماً له دون موكله.

والوجه الثاني: أن الموكل هو الذي يحلف لأن أحداً لا يملك شيئاً بيمين غيره وإن

نكل الموكل عن اليمين فالبيع لازم له دون الوكيل ولو كان الوكيل قد باع لموكله عبداً ثم أحلف الوكيل والمشتري في ثمنه:

فأحد الوجهين: أن الموكل يحالف المشتري.

والثاني: أن الوكيل يحالف المشتري، فإن نكل الوكيل عن اليمين قضى للمشتري بالعبد وألزم الوكيل غرم فاضل الثمن.

فصل: وإذا اختلف المتبايعان فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري بل بعتني هذه الجارية بألف فلا تحالف في هذا الاختلاف لأنه اختلاف في عقدين.

وإنما يكون التحالف للاختلاف في عقد واحد. وإذا كان كذلك: فالبائع يدعي على المشتري أنه باعه عبده بألف والمشتري منكر فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه شراء العبد ثم المشتري يدعي على البائع أنه اشترى منه جاريته بألف والبائع منكر فالقول قول البائع مع يمينه ولا يلزمه بيع الجارية فلو أقام البائع البينة على المشتري أنه اشترى منه العبد بألف. وأقام المشتري البينة على البائع أنه باع عليه الجارية بألف حكمنا بالبينتين. جميعاً لأنهما لا يتعارضان لأن كل واحد منهما يثبت عقداً لا يقتضي نفي غيره فيصير المشتري ملتزماً لابتياع الجارية التي ادعاها بألف وله أن يتصرف فيها كيف يشاء وملزماً لابتياع العبد الذي ادعى عليه بألف ثم ينظر في العبد فإن كان في يد المشتري فهو على ملكه وله التصرف فيه بما شاء من بيع وغيره إلا الوطء إذا لو كان العبد جارية يحرم عليه لإقراره بتحريم ذلك عليه وعليه النفقة وإن كان العبد في يد البائع فهل يجبر المشتري على قبضه أم لا: على وجهين:

أحدهما: يجبر على قبضه ليسقط ضمانه عن بائعه.

والثاني: لا يجبر على قبضه ويقبضه الحاكم ليبرىء البائع عن ضمانه ثم للحاكم أن يفعل أحظ الأمرين من بيعه ووضع ثمنه في بيت المال ليعترف به المشتري فيأخذه أو يؤاجره أو يأذن له في الكسب وينفق عليه من أجرته أو كسبه ثم يكون فاضل أجرته وكسبه في بيت المال ليعترف به المشتري فيأخذه مع فاضل كسبه وأجرته وإذا اختلفا فقال البائع بعتك هذا العبد بهذه الألف بعينها وقال المشتري: الذي اشتريته بهذه الألف بعينها هذه الجارية دون هذا العبد. فهذا اختلاف في عقد واحد وليس كالذي قبله لأنهما قد اتفقا على الثمن وإن اختلفا في المثمن فيكون كاتفاقهما على المثمن واختلافهما في الثمن فيتحالفان كما يتحالفان هناك والله تعالى أعلم.

مسألة: (قَالَ الْمُزَنِيُّ) وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفَا وَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لاَ أَدْفَعُ حَتَى أَقْبِضَ فَالَّذِي أَحَبَّ الشَّافِعِيُّ مِنْ أَقَاوِيلَ وَصْفُهَا أَنْ يـؤمر الْبَائِعُ بِدَفْعِ السِّلْعَةِ وَيُجْبَرَ الْمُشْتَرِي عَلَى دَفْعِ

الثَّمَنِ مِنْ سَاعَتِهِ فَإِنْ غَابَ وَلَهُ مَالٌ أُشْهِدَ عَلَى وَقْفِ مَالِهِ وَأُشْهِدَ عَلَى وَقْفِ السِّلْعَةِ فَإِذَا دَفَعَ أُطْلِقَ عَنْهُ الْوَقْفُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَهَذَا مُفْلِسٌ وَالْبَائِعُ أَحَقُّ بِسِلْعَتِهِ وَلاَ يَدَعُ النَّاسَ يَتَمَانَعُونَ الْحُقُوقَ وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَى أَخْذِهَا مِنْهُمْ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. اعلم أن لهذه المسألة مقدمة لا بد من ذكرها لترتب جواب المسألة عليها وهي: أن لكل واحد من المتبايعين حبس ما بيده عند تعذر قبض ما في مقابلته فللمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذر قبض المثمن لأنه عقد معاوضة يقتضي حفظ العوض فلو تأخر تسليم المبيع المثمن لعذر أو غير عذر لم يلزم المشتري تعجيل الثمن وهكذا أيضاً للبائع حبس المبيع في يده خوفاً من تعذر قبض ثمنه، فلو أعطاه المشتري بالثمن رهناً أو ضميناً لم يلزمه تسليم المبيع لأن الثمن باق وإنما هذا وثيقة فيه وقد كان موثقاً في ذمة مشتريه. لكن لو أحال بالثمن حوالة قبلها أو أعطاه به عوضاً رضيه لزمه تسليم المبيع لاستيفاء ثمنه، وهكذا لو أبرأه من الثمن لم يكن له حبس المبيع لأنه لم يبق له حق بحبس المبيع لأجله فلو أعطاهبعض ثمنه وسأله أن يدفع إليه بقدره من المبيع ففيه قولان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: عليه أن يدفع إلى المشتري من المبيع بقدر ما قبض من ثمنه ويحبس منه بقدر ما بقي ولا يجوز أن يحبس جميعه لتقسط الثمن عليه.

والقول الثاني: لا يلزمه ذلك وله حبس الجميع على باقي الثمن ولو بقي منه درهم كالرهن. ولو اشترى منه ماشية فنتجت في يد بائعها قبل القبض أو نخلاً فأثمرت كان للبائع أن يحبس أصل الماشية والنخل على الثمن دون النتاج والثمرة لأنهما لم يتناولهما العقد وإنما حدثا على ملك المشتري من بعد ولو كان المبيع داراً فأجرها المشتري قبل دفع الثمن كان للبائع أن يمنع المستأجر منها كما كان له منع المشتري لأن تمكين المستأجر منها تسليم إلى المشتري وذلك لايلزم قبل قبض الثمن.

فصل: فإذا تقررت هذه الجملة فصورة مسألة الكتاب أن يبذل كل واحد من المتبايعين ما بيده لكن يختلفان في التقديم فيقول البائع: لا أسلم المبيع إلا بعد قبض ثمنه ويقول المشتري: لا أدفع الثمن إلا بعد قبض المبيع فقد حكى الشافعي أربعة مذاهب للناس في ذلك واختار أحدها فخرجها أصحابنا أربعة أقاويل له.

أحدها: أن الحاكم يجبرهما على إحضار ذلك إليه فإذا دفع البائع المبيع إليه وأحضر المشتري الثمن إليه دفع الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري ولا يبالي بأيهما بدأ إذا كان حاضراً. وحكي هذا القول عن بعض المشرقيين ووجه هذا القول أن الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وقطع التخاصم فإذا أمكنه ذلك لم يدع الناس يتمانعون الحقوق وهو يقدر

على أخذها منهم. فعلى هذا إذا أحضرا ذلك إلى الحاكم فتلف في مجلسه كان من ضمان صاحبه فإن كان التالف هو المبيع فيبطل البيع لتلفه قبل القبض وإن كان الثمن هو التالف لم يبطل البيع وعلى المشتري أن يأتي ببدله إلا أن يكون الثمن معيناً فيبطل البيع أيضاً بتلفه.

والقول الثاني: أن الحاكم يدعهما جميعاً ولا يجبر واحداً منهما لأن لكل واحد منهما حقاً في حبس ما بيده وليس أحدهما أحق من صاحبه لكن يمنعهما من التخاصم فأيهما تطوع يدفع ما بيده وجب على الحاكم حينئذ أن يجبر الآخر على تسليم ما في مقابلته وهذا القول حكاه عن بعض المشرقيين أيضاً.

والقول الثالث: أن الحاكم ينصب لهما أميناً عدلاً ويأمر كل واحد منهما بتسليم ما بيده إليه حتى إذا صار الجميع معه سلم المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع وحكي هذا القول عن سعيد بن سالم القداح وقال أبو إسحاق المروزي يجعل وهذا القول الأول واحداً وتخرج المسألة على ثلاثة أقاويل وامتنع سائر أصحابنا من جعلهما قولاً واحداً وأن كل واحد منهما مخالف لصاحبه لأن الدفع والتسليم في القول الأول إلى الحاكم وكان بحكمه وهاهنا الحكم منه في نصب الأمين والأمر بالتسليم فاختلفا.

والقول الرابع: وهو الذي اختاره لنفسه أن الحاكم يجبر البائع على تسليم المبيع إلى المشتري أولاً فإذا سلمه إليه أجبر المشتري على تسليم الثمن إليه ووجه هذا القول أن استقرار العقد معتبر بوجود القبض فوجب إجبار البائع عليه ليستقر العقد به. ولأن البائع يقدر على التصرف في الثمن قبل قبضه بالحوالة ويأخذ بدله والمشتري لا يقدر على ذلك في المبيع إلا بقبضه فأجبر البائع عليه ليتساويا فيه، ولأن المبيع معين والثمن في الذمة غير معين وما تعلق بالأعيان أحق بالتقديم مما ثبت في الذمم كالرهن في أموال المفلس فعلى هذا إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري لم يخل حال المشتري من أحد أمرين:

إما أن يكون موسراً بالثمن أو معسراً فإن كان معسراً بالثمن فهذا مفلس والبائع بالخيار بين أن يرجع بعين ماله وبين أن يصبر به في ذمة المشتري مع إعساره وإن كان موسراً بالثمن فلا يخلو حال ماله من أحد أمرين:

إما أن يكون حاضراً أو غائباً فإن كان ماله حاضراً أجبر على دفع الثمن إلى البائع ويكون ممنوعاً من التصرف في المبيع وسائر ماله حتى يدفع الثمن إلى البائع ثم يطلق تصرفه فيه حينئذ، وإنما استحق الحجر في المبيع وجميع ماله لأنه ربما استهلكه بتصرفه ولا يصل البائع إلى المبيع ولا إلى ثمنه. وإن كان ماله غائباً فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون على مسافة أقل من يوم وليلة فهذا في حكم الحاضر وينتظر به حضور ماله بعد الحجر عليه في المبيع وسائر ماله إذا أحضر الثمن فك حجره وأطلق تصرفه.

الثاني: أن يكون على مسافة ثلاثة أيام فصاعداً فلا يلزم انتظار ماله لبعده عنه وأنه في حكم المعسر.

والثالث: أن يكون على مسافة أكثر من يوم وليلة وأقل من ثلاثة أيام فعلى وجهين:

أحدهما: ينتظر به حضور ماله كما لو كان على مسافة أقل من يوم وليلة ويحجر عليه في المبيع في ماله حتى يحضر الثمن.

والوجه الثاني: لا ينتظر به لبعد المسافة وأنهما في حكم مازاد على الثلاث. فعلى هذا ما الذي يستحقه البائع إذا لم ينتظر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجعل كالمفلس ويخير البائع بين أن يرجع بعين ماله. وبين أن يصبر بالثمن في ذمة المشتري إلى حين وجوده، فإن صبر به أطلق تصرف المشتري في المبيع وغيره.

والوجه الثاني: أن حكم المفلس منفي عنه لوجود المال وإن بعد منه، ولكن تباع السلعة المبيعة ليصل البائع إلى حقه منها فإن بيعت بقدر ما للبائع من الثمن دفع إليه ذلك وقد استوفى حقه. وإن بيعت بأكثر رد الفاضل على المشتري، وإن بيعت بأقل كان الباقي ديناً للبائع في ذمة المشتري.

فصل: إذا كان المبيع عرضاً بعرض وقال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبضه ففيه أربعة أقاويل:

أحدها: أن الحاكم يأمرهما بإحضار ذلك إلى مجلسه.

والثاني: أنه يدعهما حتى يتطوع أحدهما فيجبر الآخر على تسليم ما في مقابلته.

والثالث: ينصب الحاكم أميناً يدفعان ذلك إليه حتى يسلم إلى كل واحد منهما حقه.

فأما القول الرابع: وهو أنه يجبر البائع أولاً ثم المشتري فلا يجيء في هذا الموضع لأنه ليس يتعين أحدهما بأنه بائع والآخر بأنه مشتر. ولو كان المبيع عرضاً بعرض وهما أو أحدهما مما لا ينقل فليس إلا قولين:

أحدهما: أن الحاكم يدعهما حتى يتطوع أحدهما ثم يجبر الآخر.

والثاني: أنه ينصب لهما أميناً ولا يجيء القولان الآخران لأن إحضار ذلك إلى مجلس الحكم غير ممكن فبطل هذا القول. وليس يتعين أحدهما بأنه بائع فيجبر فيبطل أيضاً هذا القول والله أعلم.

فصل: فإذا امتنعت الزوجة من تسليم نفسها إلا بعد قبض صداقها وامتنع الزوج من دفع الصداق إلا بعد تسليم نفسها فلا يحكم فيه بجبر الزوجة على تسليم نفسها كما يجبر البائع على تسليم سلعته لأن البائع إذا سلّم سلعته أمكن أن يحجر على المشتري فيها

والزوجة إذا سلمت نفسها لا يمكن منع الزوج من الاستمتاع بها فيضر تسليم نفسها وليس كذلك البائع وتجيء باقي الأقاويل والله أعلم.

مسألة: قال وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَرَضاً أَوْ ذَهَباً بِعَيْنِهِ فَتَلَفَ مِنْ يَدِي الْمُشْتَرِي أَوْ تَلَفَتِ السِّلْعَةُ مَعَ يَدَي الْبَائِعِ انْتَقَضَ الْبَيْعُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن ما تعين بالعقد إذا تلف قبل القبض ثمناً كان أو مثمناً بطل به البيع وذكرنا خلاف مالك فيه واحتججنا له وعليه بما اغنى عنه زيادة فيه وفرعنا إليه فروعاً نحن نتبعهم فإذا باع عبداً بألف فكسب العبد في يد بائعه ألفاً ثم مات قبل تسليمه بطل البيع بموته وبرىء المشتري من ثمنه وإن كان قد أقبض الثمن فله استرجاعه. والألف التي اكتسبها العبد للمشتري لأنه كسبها على ملكه ولو كان البائع حين كسب العبد ألفاً حبسها عن المشتري حتى تلفت ضمنها بالحبس ولزم تسليم العبد بغير ثمن لأنه قد صار عليه بما ضمنه من كسبه ألف هي بإزاء التي له من ثمنه فصارتا قصاصاً

مسألة: قَالَ وَلَا أُحِبُّ مُبَايَعَةَ مَنْ أَكْثَرُ مَالِهِ مِنْ رِباً أَوْ مِنْ حَرَامٍ وَلَا أَفْسَخُ الْبَيْعَ لِإِمْكَانِ الْحَلَالِ فِيهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. تكره معاملة من لا يتوقى الشبة في كسبه ومن خلط الحرام بماله لقوله ﷺ: «دَعْ مَا يُرِيبُكَ إِلَى مَالَا يُرِيبُكَ فَلَنْ تَجِدَ فَقْدَ شَيْءٍ تَرَكْتَهُ لِلَّهِ»[1] ولقوله ﷺ« حَلَالٌ بَيِّنٌ وَحَرَامٌ بَيِّنٌ وَبَيْنَ ذَلِكَ أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ وَمَنْ يَحُمْ حَوْلَ الْحِمَى يُوْشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ». وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ(قال) لَايَبْلُغُ الْعَبْدُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْمُتَّقِينَ حَتَّى يَدَعَ مَا لَا بَأْسَ بِهِ حَذَراً مِمَّا بِهِ بَأْسٌ[2]. وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: لَوْصَلَّيْتُمْ حَتَّى تَصِيرُوا كَالْحَنَايَا وَصُمْتُمْ حَتَّى تَكُونُوا كَالأَوْتَارِ مَا تُقُبِّلَ ذَلِكَ مِنْكُمْ إِلَّا بِوَرَعٍ شَافٍ وَرُوِيَ عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ لَمْ يُبَالِ مِنْ أَيْنَ مَطْعَمُهُ مِنْ أَيْنَ مَشْرَبُهُ لَمْ يُبَالِ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ أَيِ أَبْوَابِ جَهَنَّمَ أَدْخَلَهُ[3] وَرُوِيَ عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: مَلَاكُ دِينِكُمُ الْوَرَعُ. وَرُوِيَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رَأَى رَجُلاً دَخَلَ السُّوْقَ يَتَّجِرُ فَقَالَ لَهُ: هَلْ تَعْرِفُ أَبْوَابَ الرِّبَا فَقَالَ: لَافَدَفَعَ إِلَيهِ فَأْساً وَقَالَ لَهُ: امْضِ فَاحْتَطِبْ. والورع في الدين مندوب إليه، وتوقي الشبة فيه مأمور به.

(١) أخرجه أحمد في المسند ١/ ٢٠٠ والترمذي حديث (٢٥١٨) وقال: حسن صحيح والنسائي ٨/ ٣٢٧ وذكره الهيثمي في الموارد ص ١٣٧ حديث (٥١٢) والحاكم ٢/ ١٣ والبيهقي ٥/ ٣٣٥ وأبو نُعيم في الحلية ٦/ ٣٥٢.

(٢) أخرجه الترمذي حديث (٢٤٥١) وابن ماجة حديث (٤٢١٥) والبيهقي ٢/ ٣٣٥ والطبراني في الكبير ١٧/ ١٦٩.

(٣) أخرجه الديلمي انظر تخريج الإحياء للعراقي ٢/ ٩١.

وإذا كان كذلك فلا يخلو حال من تعامله ببيع أو قرض أو تقبل هبة أو هدية من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون ممن يتوقى الشبة ويعلم أن ماله حلال فمعاملة مثله هي المستحقة.

والثاني: أن يكون ممن يبيع الحرام وقد تعين لنا تحريم ماله فمعاملة هذا حرام والعقود معه على أعيان مابيده من هذه الأموال باطلة لا يجوز لأحد أن يتملك عليه شيئاً منها.

والثالث: أن يكون من طالبي الشبة وملتمسي الحرام لكن ليس يتعين ذلك المال لاختلاطه بغيره من الحلال كاليهود الذين في أموالهم الربا وأثمان الخمور وقطاع الطريق وعمال الضرائب وكالسلطان الجائر الذي قد يأخذ الأموال من غير وجهها إلى من جرى مجراه فتكره معاملتهم لما وصفنا ورعاً واحتياطاً ولا يحرم ذلك في الحكم بل يجوز، لما روي أن النبي ﷺاقْتَرَضَ مِنْ أَبِي الشَّحْمِ الْيَهُودِيِّ آصُعاً مِنْ شَعِيرٍ وَقَدْ كَانَ مِمَّنْ لاَيَتَوَقَّى الرِّبَا. مع ما أخبر الله تعالى في كتابه عن كافة اليهود بقوله تعالى «سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلْسُّحْتِ» ولأن الله تعالى قد أمرنا بأخذ الجزية من اليهود ولو حرمت علينا أموالهم لما جاز أن نأخذها في جزيتهم، ولأنهم إذا أسلموا أقروا على أموالهم ولو حرمت لحرم إقرارهم عليها بعد إسلامهم، وقد روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أَنَّ رَجُلاً سَأَلَهُ فَقَالَ: إِنَّ لِي جَاراً يُرْبَى أَفَآكُلُ مِنْ مَالِهِ فَقَالَ: لَكَ مَهْنَأُهُ وَعَلَيهِ مَأْثَمُهُ.

بَابُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «إِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنْ لاَيَبِيْعَهَا أَوْ عَلَى أَنْ لاَ خَسَارَةَ عَلَيهِ مِنْ ثَمَنِهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ».

قال الماوردي: اعلم أن الشرط في البيع إنما يؤثر إذا اقترن بالعقد فأما إن تقدمه فلا تأثير له لأنه لايكون شرطاً وإنما يكون وعداً أو خبراً. والشروط المقترنة بالعقد على أربعة أقسام:

أحدها: ما كان من مقتضى العقد وواجباته كاشتراط تعجيل الثمن وسلامة المبيع وضمان الدرك فهذه الشروط واجبة بالعقد واشتراطها تأكيد فيه والعقد لازم بها.

والقسم الثاني: ما كان مں مصلحة العقد ومباحاته كاشتراط الرهن والضمين وتأجيل الثمن وخيار الثلاث فهذا وما شاكله لازم بالشرط دون العقد لأن إطلاق العفد لا يقتضيه واشتراطه في العقد لا ينافيه.

والقسم الثالث: ما كان من موانع العقد ومحظوراته. وهو: كل شرط منع المشتري من واجب أو ألزم البائع ما ليس بواجب، فالذي منع المشتري من واجب أن يقول بعتك هذه الجارية على أن لاتبيعها ولا تطأها، أو بعتك هذه الدار على أن لا تسكنها ولا تؤاجرها أو بعتك هذه الدابة على أنني أركبها دونك، أو بعتك هذه الماشية على أن نتاجها ولبنها لي دونك، أو بعتك هذه الأرض على أنني أزرعها سنة. وأما الذي ألزم البائع ما ليس بواجب. فهو أن يقول قد بعتك هذه الجارية على أن لاخسارة عليك في ثمنها أو على أنني ضامن لك مائة درهم من ربحها أو بعتك هذا النخل على أنني كفيل بمائة وسق من ثمرها، أو بعتك هذه الأرض على أنني قيم لعمارتها وزراعتها. فهذان الضربان وما شاكلهما من الشروط باطلة والعقد باشتراطها فيه باطل وبه قال جمهور الفقهاء.

وذهب ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان إلى أنها شروط لازمة والعقد معها ثابت. وذهب الحسن البصري وابن أبي ليلى والنخعي وأبو ثور إلى صحة البيع وبطلان الشرط.

وقال إسحاق بن راهويه إن كان شرطاً واحداً صح العقد ولزمه الشرط وإن كان أكثر من شرط بطل البيع.

وقال مالك إن كان شرط البائع من منافع المبيع يسيراً كسكنى يومين أو ثلاثة صح البيع والشرط وإن كثر بطل البيع والشرط.

واستدل من أجاز البيع وأبطل الشرط بحديث بريرة أن عائشة رضي الله عنها لما أرادت شراؤها منع مواليها إلا بأن تشترط لهم الوَلاَءَ فقال النبي ﷺ اشْتَرِي وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلاَءَ فَإِنَّ الْوَلاَ لِمَنْ أَعْتَقَ[1] فَاشْتَرَتْهَا فَأَبْطَلَ النَّبِيُّ ﷺ الشَّرْطَ وَأَمْضَى الْبَيْعَ وَقَالَ مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شروطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ كَلّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَلَوْ كَانَ مائة شَرْطٍ وَإِنَّمَا الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ. والدليل على بطلان البيع والشرط نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ. وهذا النهي يقتضي فساد المنهى عنه ولأن هذه الشروط لاتخلو أن تكون على البائع أو على المشتري. فإن كانت على البائع فقد منعته من استقرار ملكه على الثمن وأدت إلى جهالة فيه، وإن كانت على المشتري فقد منعته من تمام ملكه للمبيع واضعفت تصرفه فيه فبطل العقد بكل واحد منها. واستدل من أجاز البيع والشرط بحديث جابر «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ابْتَاعَ مِنْهُ بَعِيراً بِأَرْبَعَةِ دَنَانِير وَقَالَ لَكَ ظَهْرُهُ حَتَّى تَأْتِيَ الْمَدِينَةَ»[2]. قالوا ولايجوز أن يشترط النبيّ ﷺ في عقده شرطاً فاسداً فدله على صحة البيع والشرط. فأما استدلال من أجاز البيع والشرط بحديث جابر ففيه جوابان:

أحدهما: أنه شرط بعد صحة العقد.

والثاني: لم يكن ذاك مع جابر بيعاً مقصوداً لرواية سالم بن أبي الجعد أن النبي ﷺ أعطاه الثمن ورد عليه الجمل وقال: «أَتَرَانِي إِنَّما مَاكَسْتُكَ لآخُذَ جَمَلَكَ خُذْ جَمَلَكَ وَدَرَاهِمَكَ فَهُمَا لَكَ» فدل على أن النبي ﷺ إنما أراد منفعته لا مبايعته. وأما استدلال من أجاز البيع وأبطل الشرط بحديث بريرة فإن هشام بن عروة وهو الذي اختص بقوله واشترطي لهم الولاء ولم ينقل ذلك إلا عنه. على أن معنى قوله واشترطي لهم الولاء أي عليهم كما قال تعالى: ﴿ لَهُمُ اللَّعْنَةُ﴾ [الرعد: ٢٥] أي عليهم اللعنة. وقيل إن الشرط إنما كان في العتق لا في البيع على أنه ﷺ أراد بهذا الشرط إبطال الولاء لغير المعتق لتقرر الشرط عليه وإن كان مشروطاً فكان حكمه مخصوصاً. وأما ما ذهب إليه إسحاق من إجازة شرط واحد وإبطال أكثر منه فلا وجه له لأنه إن جرى مجرى الشروط الجائزة فينبغي أن يجوز وإن كان مائة شرط وإن كان فاسداً فينبغي أن يبطل وإن كان شرطاً واحداً وكذا القول لمالك.

(١) أخرجه البخاري ٣٧٦/٤ حديث (٢١٦٨) ومسلم ١١٤١/٢ في العتق حديث (١٥٠٤/٦).
(٢) أخرجه البخاري حديث (٢٠٩٧) ومسلم ١٢٢١/٣ حديث (٧١٥/١١).
(٣) أخرجه أحمد في المسند في كتاب المساقاة (١٠٩) والنسائي ٢٩٧/٧ وأحمد في المسند ٢٩٩/٣.

والقسم الرابع: ما كان مختلفاً فيه: وهو بيع العبيد والإماء بشرط العتق ففي صحة البيع والشروط ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن الشرط باطل والبيع باطل وبه قال أبو حنيفة وصاحباه إلا أن أباحنيفة قال: إن أعتقه نفذ عتقه بناء على أصله أن المقبوض عن بيع فاسد ينفذ فيه العتق لكن يضمنه في هذا الموضع بالثمن. وقال صاحباه يضمن بالقيمة وقال الشافعي إن عتقه لا ينفذ فيه لزوال ملكه عنه. ووجه هذا القول في بطلان الشرط والبيع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ» فكان على عمومه، لأن مشتري العبد على الإطلاق مخير بين أن يعتق وبين أن لا يعتق فلما كان إذا اشتراه بشرط أن لا يعتقه بطل البيع لايقاع الحجر عليه فالشرط واجب إذا اشتراه بشرط أن يعتقه أن يبطل به البيع لايقاع الحجر عليه بالشرط. وتحرير هذا الاستدلال قياساً أنه شرط مع كمال التصرف فوجب أن يبطل البيع كما لو شرط أن لا يعتقه. ولأنه لو ابتاعه بشرط الكتابة والتدبير فسد البيع. وكذا لو ابتاع داراً بشرط الوقف بطل البيع فوجب إذا ابتاعه بشرط العتق أن يكون مثله في الحكم.

والقول الثاني: أن البيع صحيح والشرط صحيح ووجه رواية هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: كَاتَبَتْ بُرَيْرَةُ عَلَى نَفْسِهَا بِتِسْعِ أَوَاقٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ أُوْقِيَّةٌ فَجَاءَتْ (إلَى) عَائِشَةَ تَسْتَعِينُهَا فَقَالَتْ: لاَ وَلَكِنْ إِنْ شِئْتِ عَدَدْتُ لَهُمْ مَالَهُمْ عِدَّةً وَاحِدَةً وَيَكُونُ الْوَلاَءُ لِي. فَذَهَبَتْ بُرَيْرَةُ إِلَى أَهْلِهَا فَذَكَرَتْ لَهُمْ ذَلِكَ فَأَبَوْا عَلَيْهَا إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الْوَلاَءُ لَهُمْ. فَجَاءَتْ إِلَى عَائِشَةَ (فسألتها ما قالت لهم) فَقَالَ لَهَا: النَّبِيُّ ﷺ وَمَاذَاكَ؟ فَأَخْبَرَتْهُ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا. فَقَالَ لَهَا: ابْتَاعِيهَا وَأَعْتِقِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلاَءَ (فَإِنَّ) الْوَلاَءَ لِمَنْ أَعْتَقَ. فَاشْتَرَتْهَا فَأَعْتَقَتْهَا فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمِنْبَرَ وَخَطَبَ وَقَالَ مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى إِنَّ مَنْ شَرَطَ شَرْطاً لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَإِنَّ الشَّرْطَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشُرُوطُهُ أَوْثَقُ مَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَقُولُونَ أعتق فلاناً وَالْوَلاَءُ لَنَا إِنَّمَا الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ. فموضع الدلالة منه أن ابتياع بريرة كان بشرط العتق بدليل اشتراط الولاء فصحح النبي ﷺ البيع مع اشتراطه وأبطل أن يكون الولاء إلا لمعتقه. ولأنه كما كان لو قال له أعتق عبدك عني بألف صح البيع ونفذ العتق وإن لم يستقر للباذل على العبد مال فما استقر بالعقد ملكه وشرط عليه عتقه أولى أن يصح ولأن استحداث الملك لا يمنع من استحقاق العتق ألا ترى أنه لو اشترى أباه صح بيعه ونفذ عتقه فوجب إذا لم ينافيه أن يصح اشتراطه فيه ولأن للعتق فضل مزية على غيره من الشروط لأنه ينفذ في الملك ويسري إلى غير الملك ويقع باختيار وغير اختيار فيمن اشترى والداً أو ولداً فوجب أن يكون له فضل مزية على غيره من الشروط في صحة العقد به وإن بطل بغيره وليس لاعتبار اشتراط

العتق بأن لا يعتق وجه لما ذكرنا من فضل مزية العتق على غيره ولا لاعتباره بالكتابة لأن الكتابة معاوضة بشبه اشتراط بيعه ولا تشبه اشتراط عتقه.

والقول الثالث: أن الشرط باطل والبيع جائز وبه قال أبو ثور وهو الناقل لهذا القول عن الشافعي وليس يعرف له ولا يحفظ عنه إلا من جهة أبي ثور ووجهه ضعيف لأن الشرط الفاسد لا يصح معه البيع في موضع بحال فليس جائز أن يكون مذهباً فإن جاز أن يكون مذهباً فلعل من دليل قائله حديث بريرة. أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَا أَبْطَلَ بَيْعَهَا بِاشْتِرَاطِ الْعِتْقِ وَلاَ أَلْزَمَ عَائِشَةَ عِتْقَهَا فَإِنَّمَا أَعْتَقَتْ بِاخْتِيَارِهَا. فإذا تقرر توجيه هذه الأقاويل فإن قلنا بالقول الأول أن البيع والشرط باطلان فلا تفريع عليه. وإن قلنا بالقول الثاني أن البيع والشرط صحيحان فقد استحق عليه عتقه بالشرط. فإن أعتقه فقد فعل ما لزمه ويكون ولاؤه له لأنه هو المعتق له وإن لم يعتقه فهل يجبر على عتقه أم لا على وجهين:

أحدهما: يجبر على عتقه لاستحقاقه عليه بالشرط وهذا قول أبي سعيد الاصطخري فعلى هذا لو جنى العبد قبل عتقه لم يجز بيعه في جنايته وأخذ المشتري بفديته لأن استحقاق عتقه سبب من جهته فجرى مجرى أم ولده.

والثاني: لايجبر عليه لاستقرار ملكه عليه فعلى هذا يكون لبائعه الخيار في فسخ البيع لأجل شرطه. فلو تسلمه المشتري فلم يعتقه على الوجهين معاً حتى مات في يده كان في قدر ما يضمنه المشتري به ثلاثة أوجه لأصحابنا.

أحدها: أنه يضمنه بالثمن لأنه مقبوض عن بيع صحيح.

والوجه الثاني: أنه يضمن بالثمن وبالقدر الذي سمح به البائع حين شرط عتقه لأن ما في مقابلة السماحة في العتق لم يوجد.

والوجه الثالث: أنه يضمن بالقيمة دون الثمن ويكون موته قبل العتق مبطلاً لبيعه لفوات الشرط فيه.

وإن قيل بالقول الثالث الذي حكاه أبو ثور أن البيع صحيح والشرط باطل فعتقه غير مستحق على مشتريه لفساد اشتراطه ويكون مخيراً بين عتقه وإمساكه. فإن أعتقه نفذ عتقه ولا مضار لبائعه وإذا عتقه المشتري عن كفارة واجبة فهل يجزيه أم لا؟ على وجهين:

أصحهما: يجزيه لأنه قد كان مالكاً له ومخيراً في عتقه.

والثاني: لايجزيه لأن هذا الشرط موكس في ثمنه فكان كالنقص به.

وإن امتنع المشتري من عتقه فهل للبائع خيار في فسخ البيع على المشتري أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين لا خيار له لفساد الشرط.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين له الخيار لأن فساد الشرط يمنع من لزومه ولا يمنع من استحقاق الخيار به كما لو شرط في المبيع رهناً لم يلزم وأوجب خيار البائع والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَبَضَهَا فَأَعْتَقَهَا لَمْ يَجُزْ عِتْقُهَا».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا اشترى شيئاً شراء فاسداً إما لجهالة ثمنه وإما لفساد شرطه وإما لتحريم ثمنه لم يستحق قبضه فإن قبضه لم يملكه بالقبض وإن تصرف فيه بعد القبض ببيع أو هبة أو عتق كان باطلاً مردوداً.

وقال أبو حنيفة: المقبوض عن عقد فاسد قد ملكه ملكاً ضعيفاً فإن تصرف فيه ببيع أو هبة أو عتق قوي ملكه ونفذ تصرفه إلا أن يكون فساد العقد لأن ثمنها مما لا يتمول بحال كالميتة والدم فإنه لا يملك بالقبض واستدل بحديث بريرة أن النبي ﷺ أَذِنَ لِعَائِشَةَ أَنْ تَشْتَرِيَهَا عَلَى الشَّرْطِ الْفَاسِدِ ثُمَّ أَمْضَى عِتْقَهَا وَأَنْفَذَ تَصَرُّفَهَا. قال: ولأنه مضمون عليه بعقد وجد فيه التسلط فوجب أن ينفذ فيه تصرفه كالمقبوض عن عقد صحيح ولأن العقد في النكاح موضوع لملك البضع كما أن عقد البيع موضوع لملك الرقبة فلما تعلق بالوطء في النكاح الفاسد أحكام القبض في البيع الصحيح. قالوا ولأن عقد الكتابة يوجب إزالة ملك السيد كما أن عقد البيع يوجب إزالة ملك البائع فلما استوى حكم الكتابة الصحيحة والكتابة الفاسدة في حصول العتق فيها وإزالة الملك بها وجب إن يستوي حكم البيع الصحيح والبيع الفاسد في نفوذ التصرف وزوال الملك وهذا خطأ.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾ [البقرة ٢٧٥]. فلو كان المقبوض بالعقود الفاسدة المحرمة يكون مملوكاً ما استحق الوعيد عليه بأكله فلما توجه الوعيد إليه دل على أنه لم يصر بالتصرف في ملكه ولأنه مقبوض عن بيع فاسد فوجب أن لا ينفذ تصرفه فيه.

أصله إذا ابتاعه بميتة أو دم. ولأن كل ما لا يحصل الملك به إذا عقد بميتة أو دم لم يحصل الملك به إذا عقد بخنزير أو خمر كالذي لم يقبض لأن كل أصل لزم رده بنمائه المنفصل عنه لم يكن ملكاً لمن لزمه رده كالغصب المقبوض على وجه السوم. ولأن كل قبض أوجب ضمان القيمة لم يحصل به الملك. أصله إذا أقبضه عن بيع فاسد بشرط الخيار فإن شرط الخيار عنده يمنع من حصول الملك في الصحيح والفاسد معاً.

ولأن المبيع يملك بالعقد والهبة بالقبض فلما لم ينتقل الملك بالهبة عن القبض إلى العقد لم ينتقل الملك بالبيع عن العقد إلى القبض. ولأن كل ملك ما قبض عن بيع فاسد لا يخلو من أن يكون بالعقد أو بالقبض أو بهما جميعاً فلم يجز أن يكون بالعقد وحده لأنه لو لم

يتعقبه القبض لم يحصل به الملك ولم يجز أن يكون بالقبض وحده لأنه لو لم يتقدمه العقد لم يحصل به الملك. ولم يجز أن يكون بالعقد والقبض معاً لأمرين:

أحدهما: أنه مخالف لموضوع البيوع التي ينتقل الملك فيها بنفس العقد.

والثاني: أن للبائع بعد وجود العقد والقبض استرجاعه من المشتري ومطالبته بمهر المثل إن وطء الجارية المقبوضة بالعقد الفاسد ولو ملكه لم يجز انتزاع ملكه في يده ولا مطالبته بمهر في وطء ملكه فدل عى انتفاء الملك في الأحوال.

فأما الجواب عن استدلالهم بحديث بريرة فهو أن عقد ابتياعها كان صحيحاً لأن النبي ﷺ أَذِنَ لِعَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فِيهِ وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَأْذَنَ فِي عَقْدٍ فَاسِدٍ فَكَانَ عِتْقُ عائشة صادف ملكاً عن عقد صحيح.

فأما قياسهم على العقد الصحيح فمنتقض بالعقد إذا كان الثمن فيه ميتة أو دماً على أن المعنى في الصحيح أنه مضمون بالثمن فصح الملك به وليس كذلك الفاسد.

وإما استدلالهم بعقد النكاح فهو حجة عليهم لأن ما يملك بالنكاح الصحيح من الطلاق والخلع والظهار ينتفي عن النكاح الفاسد فكذلك البيع. وأما لحوق النسب ووجوب العدة فهو من أحكام الوطء وليس مما يملك بالعقد.

وأما استدلالهم بالكتابة فالجواب عنه أن الكتابة الفاسدة إذا بطل حكم العقد فيها بقي العتق بالصفة فكان العتق بوجود الصفة لا بالكتابة الفاسدة وليس كذلك البيع.

فصل. فإذا ثبت أن البيع الفاسد لا يملك به ولا بالقبض والتصرف فلو كان المبيع داراً فبنى المشتري فيها بناء أو كانت أرضاً فغرس فيها غرساً لم يكن للبائع قلع بنائه وقيل له إما أن تعطيه قيمة بنائه وغرسه قائماً أو تقلعه وتعطيه ما نقص من قيمته.

وقال أبو حنيفة: ليس للبائع استرجاع الدار ويأخذ قيمتها من المشتري.

وقال أبويوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار على بائعها والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ أَوْلَدَهَا رُدَّتْ إِلَى رَبِّهَا وَكَانَ عَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهِ يَوْمَ خَرَجَ مِنْهَا فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ قَبْلَ الْحُكْمِ أَوْ بَعْدَهُ فَسَواءٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ابتاع جارية بيعاً فاسداً وقبضها فقد ذكرنا أنه لا يملكها بالقبض فإن وطئها لم تحل لأنه وطء شبهة. وتعلق بوطئها إذا ردها خمسة أحكام تختص بها، ربما اجتمعت وربما افترقت وهي: مهر المثل، وأرش البكارة، وأرش نقصها بالولادة، وأجرة مثلها مدة كونها عنده، وقيمة ولدها منه.

فأما الأول وهو مهر المثل فإنما وجب عليه لأنه وطء سقط فيه الحد عنها فأوجب المهر

لها كالوطء في النكاح الفاسد. وأما أرش البكارة فإنما وجب عليه لأنه إتلاف من جهته فكان الأرش في مقابلته ولا يكون وجوب مهر مثلها بكراً يغني عن وجوب أرش البكارة لأن المهر في مقابلة الاستمتاع والأرش في مقابلة الاستهلاك فلما اختلف سببيهما لم يمتنع وجوبهما. فإن قيل أليس لو وطىء بكراً حرة لزمه مهر مثلها بكراً ولا يلزمه أرش بكارتها فهلا كانت الأمة كذلك قيل لا، لأن الأمة مضمونة عليه باليد فلزمه أرش البكارة لوجود النقص في يده. والحرة غير مضمونة عليه باليد. وأما أرش نقصها بالولادة فواجب عليه لضمان يده ولحدوث ذلك عن فعله فلو ماتت في ولادتها لزمه قيمتها وهل تكون في ماله أو على عاقلته على قولين من اختلاف القولين في العاقلة هل تتحمل ما جنى على العبد. وأما أجرة مثلها فإنما وجبت عليه لأنها مضمونة المنفعة فصارت كالمغصوبة إلا أن تكون المدة لا أجرة لمثلها فلا تلزمه أجرة. وأما قيمة ولدها فإنما وجبت عليه لأن أولادها نماء منها وكسب لسيدها فلما عتقوا على الوطء للحوقهم به في شبهة ملكه فكان ذلك سبباً من جهته وجبت عليه قيمتهم كالشريك إذا أعتق حصته في عبد وإذا كانت قيمتهم واجبة عليه لزمته القيمة عند سقوطهم أحياء.

وحكي عن أبي حنيفة أن عليه قبضهم حين الترافع إلى القاضي وهذا غلط لأنها قيمة مستهلك فاعتبر فيها وقت الاستهلاك وقد استهلكهم بالعتق وقت الولادة فوجب أن تلزمه قيمتهم إذ ذاك وقد كان يقتضي أن تلزمه قيمتهم وقت العلوق غير أنه في تلك الحال لا يمكن اعتبار القيمة فيها فاعتبرت حال الولادة لأنها أول وقت الإمكان فلو وضعت الولد ميتاً لم تلزمه قيمته لأن الميت لا قيمة له وخالف موت الجنين المضمون بالغرة من وجهين:

أحدهما: أن في سقوط الجنين بالضرب جناية على الولد حدث الموت منها فجاز أن يتعلق الضمان بها وليس في الوطء ها هنا جناية على الولد بحدوث الموت فلم يلزمه الضمان.

والثاني: أن في الجنين دية مقدرة بالشرع يستغنى بها عن اعتبار قيمته فوجبت مع الموت. وفي ولد هذه الأمة القيمة لا يمكن اعتبارها مع الموت فسقطت معه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ بَاعَهَا فَسَدَ الْبَيْعُ حَتَّى تُرَدَّ إِلَى الأَوَّلِ فَإِنْ مَاتَتْ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا كَانَ أَكْثَرَ مِنَ الثَّمَنِ الْفَاسِدِ أَو أَقَلَّ».

قال الماوردي: إذا قبض الجارية عن بيع فاسد لم يجز أن يبيعها لأنه لم يملكها فإن باعها فالبيع باطل وتنزع من يد المشتري الثاني وترد إلى بائعها الأول ويرجع المشتري الأول على البائع بالثمن الذي دفعه إليه ويرجع المشتري الثاني على المشتري الأول بالثمن الذي دفعه إليه فلو باعه الثاني على ثالث والثالث على رابع فعقود جميعهم باطلة وترد على الأول ويتراجعون بالأثمان. فإذا ثبت هذا وكان المشتري الأول قد باعها على ثان فلا يخلو حالها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون بحالها أو أزيد.

والثاني: أن تكون قد تلفت.

والثالث: أن تكون قد نقصت. فإن كانت بحالها أو أزيد قيمة وجب ردها على الأول ويتراجعان الثمن على ما مضى. وإن تلفت فهي على ظاهر مذهب الشافعي مضمونة ضمان غصب أكثر ما كانت قيمته من حين القبض إلى حين التلف لأن ما حدث من نقص فهو مضمون كضمان الأصل وما حدث من زيادة فهو تابع للأصل.

وقال بعض أصحابنا هو مضمون بالقيمة وقت التلف ولا اعتبار بما قبله بخلاف الغصب لأن في الغصب عدواناً يتغلظ به الضمان والأول لما ذكرناه أصح. وإذا كان كذلك فسواء كانت القيمة أقل من الثمن المذكور في العقد أو أكثر. وحكي عن أبي حنيفة أن عليه أقل الأمرين من القيمة والثمن لأن القيمة إذا زادت على الثمن فرضي البائع بالثمن سقط حقه من الزيادة عليه. وهذا خطأ لأن العقد إذا فسد بطل اعتبار ما تضمنه من الثمن لأنه منوط بعقد سقط حكمه ولو جاز أن يعتبر الثمن إذا نقص عن القيمة نظراً للمشتري لجاز أن يعتبر الثمن إذا زاد على القيمة نظراً للبائع. فإذا ثبت هذا فلا يخلو حال قيمتها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تستوي قيمتها في يد المشتري الأول والمشتري الثاني فيقبضها الأول وقيمتها ألف درهم ويقبضها الثاني من الأول وقيمتها ألف درهم ثم تموت في يده فيكون كل واحد منهما ضامناً لجميع الألف بحق يده والمالك بالخيار في أن يرجع على الأول أو على الثاني فإن رجع بها على الأول رجع الأول بها على الثاني وإن رجع بها على الثاني لم يرجع الثاني بها على الأول.

والقسم الثاني: أن تكون قيمتها في يد الأول أكثر من قيمتها في يد الثاني كأن قبضها الأول وقيمتها ألفان فنقصت في يده حتى صارت قيمتها ألفاً ثم قبضها الثاني وماتت في يده فيكون الأول ضامناً لألفين والثاني ضامناً لألف واحد والمالك بالخيار بين أن يرجع على الأول أو على الثاني فإن رجع على الأول رجع عليه بألفي درهم ويرجع الأول على الثاني بألف منها وإن رجع على الثاني رجع عليه بألف واحد وهو قدر قيمتها حين قبضها لأن ما نقص قبل قبضه لا يضمنه ثم يرجع على الأول بالألف الثاني وهو قدر القبض في يده، وليس للأول أن يرجع بهذا الألف على الثاني لأنه لم يضمنها ولا للثاني أن يرجع بالألف التي غرمها على الأول لأن الثاني قد استهلكها.

والقسم الثالث: أن تكون قيمتها في يد الأول أقل وفي يد الثاني أكثر كأن قبضها الأول وقيمتها ألف وسلمها إلى الثاني فزادت قيمتها في يده حتى صارت ألفين ثم ماتت فيكون كل واحد من الأول والثاني ضامناً لألفين أما الثاني فلوجود هذه القيمة مضمونة في يده وأما الأول فلأنه أصل للثاني وضامن لما خرج عن يده إلى غير مالكه ويكون المالك بالخيار بين مطالبة

الأول أو الثاني، فإن طالب الأول رجع عليه بألفين ورجع بها الأول على الثاني، وإن طالب الثاني رجع عليه بألفين ولم يرجع بها الثاني على الأول فهذا الحكم فيها إن تلفت. فأما إن لم تتلف ولكن نقصت قيمتها كأن كانت قيمتها ألفين فنقصت حتى صارت ألفاً ثم ردت فلا يخلو حال هذا النقص من أن يكون حادثاً في يد الأول أو الثاني فإن حدث النقص في يد الأول فالألف مضمونة على الأول وللمالك أن يرجع بها على الأول دون الثاني وليس للأول أن يرجع بها على الثاني. وإن حدث النقص في يد الثاني فكل واحد منهما ضامن لهذا الألف والمالك بالخيار في الرجوع بها على أيهما شاء فإن رجع بها على الأول رجع الأول بها على الثاني وإن رجع بها على الثاني لم يرجع الثاني بها على الأول لما قدمنا من التعليل. ثم الأجرة مستحقة للمدة الماضية فما مضى من المدة في يد الأول لم يجز للمالك أن يرجع به على الثاني وما مضى من المدة في يد الثاني كان للمالك أن يرجع به على من شاء من الأول والثاني فإن رجع به على الأول رجع الأول به على الثاني وإن رجع به على الثاني لم يرجع الثاني به على الأول.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ اشْتَرَى زَرْعاً وَاشْتَرَطَ عَلَى الْبَائِعِ حَصَادَهُ كَانَ فَاسِداً».

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا اشترى منه زرعاً بدينار على أن على البائع حصاده قال الشافعي كان هذا فاسداً. واختلف أصحابنا فكان أبو علي بن أبي هريرة يخرجه على قولين لأنه عقد واحد قد جمع بيعاً وإجارة وقد اختلف قول الشافعي في العقد الواحد إذا جمع شيئين مختلفين في الحكم كبيع وإجارة أو بيع وصرف فأحد القولين أنه جائز فيهما جميعاً لجواز كل واحد منهما على الانفراد فجاز مع الاجتماع والثاني أن العقد باطل فيهما جميعاً لأن لكل واحد منهما حكماً مخالفاً لحكم الآخر فلم يصحا مع الاجتماع لتنافي حكمهما.

وقال سائر أصحابنا إن هذا باطل قولاً واحداً. واختلفوا في العلة. فقال بعضهم: العلة في بطلانه أنه إذا شرط على البائع حصاده فقد صار شرطاً في تأخير القبض والبيع بشرط تأخير القبض باطل.

وقال آخرون بل العلة في بطلانه أنه استأجره على عمل فيما لم يستقر ملكه عليه لأن الزرع على هذا القول لم يملكه المشتري بعد وقال آخرون بل العلة في بطلانه شرط عقدين في عقد فكان في معنى بيعتين في بيعة وذلك باطل. فلو قال قد ابتعت منك هذا الزرع وتحصده لي بدينار جاز على هذا التعليل الأخير لأنه لم يجعل أحدهما شرطاً في الآخر ولم يجز على التعليلين الأولين، وفي معنى هذه المسألة إذا اشترى ثوباً وشرط على البائع خياطته

أو طعاماً وشرط عليه طحنه أو متاعاً وشرط عليه نقله فالجواب في جميع ذلك واحد والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ بِعْنِي هَذِهِ الصَّبْرَةَ كُلَّ إِرْدَبٍّ بِدِرْهَم عَلَى أَنْ تَزِيدَنِي إِرْدَبًّا أَوْ أَنْقُصَكَ إِرْدَبًّا كَانَ فَاسِداً وَكُلُّ مَا كَانَ مِنْ هَذَا النَّحْوِ فَالْبَيْعُ فِيهِ فَاسِدٌ».

قال الماوردي: أما بيع الصبرة من الطعام جزافاً لا يعلم قدر كيلها فجائز لأن الشيء قد يصير معلوماً بالصفة تارة وبالمشاهدة تارة وهذه الصبرة وإن لم يتقدر كيلها بالصفة فقد تقدرت جملتها بالرؤية. وإن وجد الصبرة على ربوة من الأرض أو دكة أو وجد داخلها عفناً أو ندباً أو معيباً فله الخيار في المقام أو الفسخ. وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّ بِسُوقِ الطَّعَامِ فَرَأَى طَعَامًا فَأَدْخَلَ يَدَهُ فِيهِ فَرَأَى تَحْتَهُ نَدِيًّا فَأَظْهَرَ النَّدَاوَةَ وَقَالَ هَكَذَا تَبِيعُوا مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا. وَرُوِيَ فِي الْخَبَرِ أَنَّهُ قَالَ أَمَرَنِي جِبْرِيلُ بِأَنْ أُدْخِلَ يَدِي فِيهِ». فلو ابتاع منه نصف الصبرة أو ثلثها أو ربعها مشاعاً وهو لا يعلم مبلغ كيلها جاز أيضاً لأنه لما جاز أن يبتاع جميعها مع الجهل بقدر كيلها جاز ابتياع نصفها أو ثلثها لأنه قدر معلوم من جملة مشاهدة فصار كابتياع نصف دار مشاهدة لا يعلم قدر زرعها، فلو ابتاع منه صبرة طعام كل قفيز بدرهم وهما لا يعلمان وقت العقد مبلغ كيلها جاز لأن جميع الثمن وإن كان مجهولاً وقت العقد فقد عقداه بما يصير الثمن به معلوماً بعد العقد. فلو ابتاع منه عشرة أقفزة من الصبرة على أن كل قفيز بدرهم فإن علما أن في الصبرة عشرة أقفزة فأكثر جاز البيع وإن جهلا أو أحدهما كان البيع باطلاً للشك في وجود ما وقع عليه العقد. فلو ابتاع من الصبرة كل قفيز بدرهم ولم يذكر قدر ما ابتاعه منها بقفزان معلومة ولا بجزء معلوم في الجملة كنصف أو ثلث لم يجز وكان البيع باطلاً لأن ما تناوله العقد منها مجهول. وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا أن البيع يجوز في قفيز منها ويبطل فيما سواه وهو قول من ذهب في الإجارة إلى أنه إذا استأجر داراً كل شهر بدينار أنه يجوز العقد في الشهر الأول ويبطل فيما سواه.

ومذهب الشافعي أن العقد يبطل في جميع الصبرة وجميع الإجارة لأن ذكر القفيز من الصبرة وذكر الشهر في الإجارة إنما هو لتقدير الثمن والأجرة لا لتقدير المعقود عليه من الجملة. ولكن لو قال: قد بعتك من هذه الصبرة قفيزاً بدرهم وما زاد بحسابه صح البيع في القفيز الواحد لوقوع العقد عليه وتقدير المبيع به وبطل فيما سواه وهكذا لو قال آجرتك هذه الدار شهراً بدرهم وما زاد على الشهر بحسابه صحت الإجارة في الشهر وبطلت فيما سواه. فلو ابتاع قفيزاً من صبرة بدرهم فتلفت الصبرة إلا قفيزاً منها ففيه وجهان:

أحدهما: أن البيع يتعين في القفيز الباقي فيصير كله مبيعاً ويصح العقد فيه.

والوجه الثاني: أن التالف من الصبرة هو تالف من القفيز المبيع ومن سائر الصبرة فيبطل من بيع القفيز بقسط ما تلف من الصبرة ويكون الباقي منه على تفريق الصفقة إذا كان لمعنى حادث بعد العقد. فهذه مقدمة ذكرناها تفريعاً على مسألة الكتاب.

فصل: فأما مسألة الكتاب فصورتها أن يقول: قد ابتعت منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن تزيدني قفيزاً أو أنقصك قفيزاً فها هنا ثلاث مسائل:

إحداهن: أن يجمع في شرطه بين ذكر الزيادة والنقصان من غير أن يقتصر على أحدهما فيكون العقد باطلاً لأنه إذا لم يقتصر بالشرط على أحدهما صار الثمن مجهولاً لأننا إن أثبتنا الزيادة صار كل قفيز وشيء بدرهم وإن أثبتنا النقصان صار كل قفيز إلا شيء بدرهم فلم يجز أن يصح العقد مع هذه الجهالة.

والمسألة الثانية: أن يقول: قد ابتعت منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن تزيدني قفيزاً. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يجهلا كيل الصبرة.

والثاني: أن يعلماه. فإن جهلا كيل الصبرة فالبيع باطل، لأن الصبرة إن كانت عشرة أقفزة كان كل قفيز وعُشر بدرهم وإن كانت خمسة أقفزة كان كل قفيز وخمس بدرهم فيفضي ذلك إلى جهالة الثمن الذي يبطل معه العقد. وإن علما كيل الصبرة وأنها عشرة أقفزة فإن كان القفيز الذي استزاده غير مشاهد لم يجز وإن كان مشاهداً أو في صبرة مشاهدة فلا يخلو حال القفيز المستزاد من أن يجعلاه هبة أو مبيعاً أو يطلقاه. فإن جعلاه هبة بطل البيع لأنه بيع بشرط الهبة فصار كقوله قد ابتعت دارك هذه بألف على أن تهب لي هذا العبد فيبطل البيع والهبة، وإن جعلا القفيز المستزاد مبيعاً لا هبة صح البيع لأنه يصير مبتاعاً لأحد عشر قفيزاً بعشرة دراهم كل قفيز وعُشر بدرهم وإن أطلقا ذكر القفيز المستزاد فقد اختلف أصحابنا هل ينصرف إطلاقه إلى الهبة أو إلى المبيع على وجهين:

أحدهما: أنه ينصرف إلى الهبة لأنه أغلب حالتي الشرط فعلى هذا يكون البيع باطلاً كما لو اشترطه لفظاً.

والثاني: أنه ينصرف إطلاقه إلى البيع دون الهبة لأن إطلاق الشروط محمول على حكم ما شرطت فيه فعلى هذا يكون البيع صحيحاً كما لو شرطه لفظاً.

والمسألة الثالثة: أن يقول قد بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أنقصك قفيزاً: فإن كانا أو أحدهما يجهل كيل الصبرة كان البيع باطلاً لما ذكرنا من التعليل المفضي إلى جهالة الثمن. وإن علما كيل الصبرة وأنها عشرة أقفزة كان البيع صحيحاً لأنه يصير بائعاً لكل قفيز إلا عشر بدرهم والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ اشْتَرَطَ فِي بَيْعِ السَّمْنِ أَنْ يَزِنَهُ بِظُرُوفِهِ مَا جَازَ وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنْ يَطْرَحَ عَنْهُ وَزْنَ الظُّرُوفِ جَازَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

وفي هذا الفصل مسائل منها: أنه إذا ابتاع سمناً أو غيره من الزائبات جزافاً في ظروفه جاز البيع إذا فتح الظروف وشاهد ما فيها أو بعضه كما يجوز بيع الصبرة التي لا يعلم قدر كيلها. وكذا لو ابتاع نصف ما في الظروف جزافاً أو بعضه جاز أيضاً كالصبرة.

المسألة الثانية: أن يبتاع السمن مع ظروفه موازنة كل مَنٍّ بدرهم فإن كانا قد علما وقت العقد وزن السمن ووزن الظرف جاز لأنهما إذا علما أن وزنه مائة من وإن وزن الظرف منها عشرة أمنا،فقد تبايعا تسعين مناً سمناً بمائة درهم كل من إلا عشرة بدرهم، فإن جهلا ذلك وقت العقد أو جهله أحدهما أو علما وزن السمن دون الظروف أو وزن الظروف دون السمن فالبيع باطل للجهالة بثمن ما تبايعاه من السمن.

المسألة الثالثة: أن يتبايعا السمن موازنة في ظرفه ويشترطا إنزال الظرف بعد وزنه فهذا بيع جائز لأن الزائب لا يستغني عن ظرف وليس يمكن بيعه موازنة إلا هكذا. فأما إذا ابتاع منه جامداً في ظرفه موازنة بشرط إنزال الظروف كالدقيق والطعام ونحوهما ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز لاستغناء الجامد عن ظرف يوزن معه وهذا مقتضى تعليل أبي إسحاق المروزي.

والثاني: يجوز لأنه قد يصير بعد إنزال ظرفه معلوم القدر كالسمن وهذا مقتضى تعليل أبي علي بن أبي هريرة والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ اشْتَرَطَ الْخِيَارَ فِي الْبَيْعِ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثٍ بَعْدَ التَّفَرُّقِ فَسَدَ الْبَيْعُ».

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة في باب خيار المتبايعين بما فيه مقنع. فإذا شرط الخيار ثلاثة أيام فما دون فيجوز اشتراطه في العقد لهما أو لأحدهما وفي ابتداء زمانه وجهان:

أحدهما: من وقت العقد فعلى هذا إن شرطاه من بعد التفرق لم يجز لأنه يصير الخيار على هذا الوجه أكثر من ثلاث. **والوجه الثاني**: وهو ظاهر مذهب الشافعي: أن أول زمان خيار الثلاث من بعد الافتراق لأنهما خياران ثبت أحدهما شرعاً وثبت الآخر شرطاً فلم يتداخلا لاختلاف موجبهما فعلى هذا لو شرطا خيار الثلاث أن يكون من وقت العقد كان على وجهين خرجهما أبو إسحاق المروزي ويجب أن يكونا مخرجين من اختلاف الوجهين في البيع إذا شرطا فيه إسقاط خيار المجلس

باب بيع الغرر

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ قَالَ وَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ ثَمَنِ عَسْبِ الْفَحْلِ[1] وَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ». أما بيع الفرد فنذكره من بعد.

قال الماوردي: وأما عسب الفحل الذي توجه النهي إليه: هو أجرة طرق الفحل ونزوه، فجعلوا الأجرة هي العسب، وقال آخرون وهو الصحيح أن عسب الفحل هو ماؤه الذي يطرق به الإناث وينزو عليها.

فأما أن يكون العسب هو الأجرة فلا يوضح ذلك لأَنَّ نَهْيَ النَّبِيِّ ﷺ تَوَجَّهَ إِلَى ثَمَنِ عَسْبِ الْفَحْلِ. فلا يصح أن يعود النهي إلى الأجرة لأن الأجرة هي ثمن أيضاً. وقد قال زهير بن أبي سلمى في شعره ما يدل على هذا القول وهو قوله:

وَلَوْلَا عَسْبُهُ لَرَدَدْتُمُوهُ   وَشَرُّ مَنِيحَةٍ أَيْرٌ مُعَارُ[2]

فإذا كان كذلك فقد حكي عن مالك وأبي ثور أنهما جوزا أخذ العوض على ضراب الفحل استدلالاً بأن الضرورة تدعو إليه والعادة جارية به.

وهذا خطأ بل لا يجوز أخذ العوض عليه لنهي النبي ﷺ عنه وَرُوِيَ أَنَّ قَوْماً مِنْ بَنِي كِلَابٍ أَتَوْا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَنَهَاهُمْ عَنْ كِرَاءِ عَسْبِ الْفَحْلِ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نَطْرُقُ إِكْرَاماً فَقَالَ لَا بَأْسَ بِهِ[3]. ولأن المقصود من طرق الفحل إنزال مائه وإنزال الماء غير متحقق والعلوق منه غير متيقن وليس للاستدلال بالضرورة وجه، لأن الضرورة لا تبيح محظوراً وارتفاعها لا يحظر مباحاً على أنه لا ضرورة بهم إلى الكراء لأن العرف جار بالعارية وإنما يتكسب بهذا دناة الناس وأرذالهم.

فصل: فإذا ثبت هذا فقد حكى ابن أبي هريرة اختلاف أصحابنا في معنى هذا النهي على وجهين:

(١) أخرجه البخاري من حديث ابن عمر ٤/٤٦١ في كتاب الإجارة حديث (٢٢٨٤).
(٢) البيت في ديوانه (٥١) واللسان م [عسب].
(٣) أخرجه الترمذي ٣/٥٦٤ حديث (١٢٧٤) والبيهقي (٥/٣٣٩).

أحدهما: أن النهي عنه نهي تنزيه لدناءته واتباع الجاهلية في فعله.

والثاني: أنه نهي تحريم، وهو الصحيح لأن ذلك الماء مما تحرم المعاوضة عليه ولا يصح أخذ البدل عنه. والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمِنْ بُيُوعِ الْغَرَرِ عِنْدَنَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ وَبَيْعُ الْحَمْلِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ وَالْعَبْدِ الآبِقِ وَالطَّيْرِ وَالْحُوتِ قَبْلَ أَنْ يُصْطَادَا وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. أما بيع الغرر فقد ورد النهي عنه بثلاثة ألفاظ فروي أنه نهى عن بيع الغرر، وَرُوِيَ أَنَّهُ نَهَى عَنْ عَقْدِ الْغَرَرِ، وَرُوِيَ أَنَّهُ نَهَى عَنِ الْغَرَرِ. رَوَاهُ ابْنُ الْمُسَيَّبِ تَارَةً مُرْسَلاً وَتَارَةً عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ مُسْنَداً.

وَقَدْ رَوَاهُ يَحْيَى بنُ أَبِي كَثِيرٍ عَنْ عَطَاءٍ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَيْضاً.

وحقيقة الغرر: ما تردد بين جوازين متضادين الأغلب منهما أخوفهما فمن بيوع الغرر التي يبطل فيها ما ذكره الشافعي:

وهو بيع ما ليس عندك، وبيع الحمل في بطن أمه، والعبد الآبق، والطير والحوت قبل أن يصطادا. فذكر هذه الخمسة من بيوع الغرر وأبطل العقد عليها. ونحن نشرح القول في كل واحد منها.

أما قوله ومن بيوع الغرر عندنا بيع ما ليس عندك فقد اختلف أصحابنا في مراده فقال بعضهم أراد به أن يبيع الرجل سلعة لا يملكها بيعاً عن نفسه لا عن مالكها ثم يمضي فيبتاعها ويدفعها إلى مشتريها وهذا بيع باطل لا أعلم فيه خلافاً لورود النهي نصاً فيه وَهُوَ مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِحَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ بَعْدَ قُدُومِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ مُسْلِماً لَمْ يَبْلُغْنِي يَا حَكِيمُ أَنَّكَ تَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ. فهذا يدل على ما قلنا حتى يجوز قوم بهذا الحديث وجعلوه دليلاً في إبطال السلم وهذا ليس بصحيح بل المقصود به ما ذكرنا.

وقد روي تفسيره بمثل ما قلنا عن حكيم بن حزام أيضاً. وروى يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ يأْتِينِي الرَّجُلُ فَيُرِيدُ مِنِّي بَيْعَ مَا لَيْسَ عِنْدِي أَفَأَبْتَاعه لَهُ مِنَ السُّوقِ، فَقَالَ لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ.

وقال آخرون: بل أراد الشافعي بقوله ومن بيوع الغرر عندنا بيع ما ليس عندك بيع العين الغائبة على خيار الرؤية فإن أصح القولين من مذهبه بطلان بطل البيع فيها لنهيه ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وبيع العين الغائبة غرر. واتفق أصحابنا على أن الشافعي لم يرد بهذا القول بيع ملك الغير على إجازته لأنه قد نص عليه من بعد واحتج على مخالفيه فيه».

فصل. وأما بيع الحمل في بطن أمه فباطل لأنه غرر وقد نهى عن بيع الغرر. ولما رُوِيَ

عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ التجْرِ وهو بيع الحمل على أنه متفق عليه. وإذا بطل بيع الحمل في بطن أمه منفرداً بطل بيع الأم دون حملها لأن ما لا يصح أن يفرد بالعقد لا يصح أن يستثنى من العقد، وهكذا لو كانت أمة حاملاً بِحُرٍّ لم يجز بيعها لأن بيع حملها لا يصح فصار مستثنى من العقد واستثناء الحمل من العقد لا يصح. ولو ابتاع أمة أو شاة على أنها حامل كان في صحة البيع قولان:

أحدهما: يصح لأن للحمل أمارات دالة عليه.

والقول الثاني: أن البيع باطل لأنه شرط ما لا يتيقنه.

فصل: وأما بيع العبد الآبق فباطل. وحكي عن ابن عمر أنه جوز بيع الآبق ما لم يتقادم عهده. وعن ابن سيرين أنه جوز بيعه إذا عرف مكانه.

والدليل على بطلان بيعه نَهْيُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وَبَيْعِ الآبِقِ من أعظم الغرر. وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الآبِقِ[1] وهذا نص، ولأن ما تعذر تسليمه لم يجز بيعه، والآبق متعذر التسليم. فإذا ثبت أن بيع العبد الآبق لا يجوز فكذلك الجمل الشارد وكل شيء ضال أو ضائع، فلو باع آبقاً ثم وجده لم يلزمه تسليمه إلى المشتري لفساد بيعه حتى يستأنفا بيعه بعد وجوده

وقال أبو حنيفة رضي الله عنه بيع الآبق فاسد فإن وجده بعد بيعه صح البيع الأول فيه: ولزمه تسليمه.

لأن عنده أن عقد البيع ينقسم ثلاثة أقسام: قسم ينعقد صحيحاً، وقسم ينعقد باطلاً لا يصح من بعد، وقسم يقع فاسداً قد يجوز أن يتعقبه الصحة من بعد كبيع العبد الآبق فإنه فاسد فإن وجد صح، وكالبيع إذا اشترط فيه خيار أكثر من الثلاث فاسد إلا أن يبطل ما زاد على الثلاث قبل تقضي الثلاث فيصح. وهذا مذهب يغني ظهور فساده عن تكلف الدلالة عليه، لأن فساد العقد لو جاز أن يصح لحادث من بعد لجاز أن يكون كل عقد ولجاز أن تكون شروط صحته معتبرة من بعد وفي هذا مخالفة الأصول فيما استقرت عليه أحكام العقود والله أعلم.

فصل: وأما بيع الطير في الهواء فإن كان غير مملوك لم يجز لمعنيين.

أحدهما: عدم ملكه.

والثاني: تعذر تسليمه، وإن كان مملوكاً له لم يجز بيعه لمعنى واحد وهو تعذر تسليمه، فلو كان الطير حماماً قد يرجع بعد الطيران إلى برجه لم يجز بيعه أيضاً، لأنه قد لا

---

(١) أخرجه ابن ماجة بإسناد ضعيف ٢/ ٧٤٠ حديث (٢١٩٦).

يعود فإن قيل: أليس لو باع عبداً قد أرسله في حاجة جاز، وقد يجوز أن لا يعود فهلا كان الطير الألف مثله. قلنا: لأن العبد ليس يعجز الناس عن أخذه وإن بعد عن سيده فكان في حكم المقدور عليه، ليس كذلك الطير لأنه قد يعجز الناس عن أخذه وكان خروجه عن اليدين يرفع حكم القدرة عليه فأما إن كان الطير في برج مالكه: فإن كان باب البرج مفتوحاً لم يجز بيعه لأن قد يقدر على الطيران فصار في حكم ما طار، وإن كان باب البرج مغلقاً جاز بيعه لظهور القدرة عليه وتسليمه بالتمكين منه في برجه، وتمام قبضه بإخراجه من برجه. أما إذا فرخ الطائر في دار رجل لم يكن فرخه وكذا ما ولده الصيد في أرضه، غير أنه أولى بصيده من جميع الناس لما يستحقه من التصرف في ملكه وإن له منع الناس عنه من دخول أرضه وداره.

فلو أن صاحب الدار باع فرخ الطائر أو ولد الصيد قبل أخذه لم يجز، لأنه وإن كان مقدوراً عليه فلم يثبت ملكه عليه.

ألا ترى أن غير صاحب الدار لو أخذ الفرخ ملكه.

فأما بيع نحل العسل فإن لم يكن طائراً لصغره أو لأنه قد حصل في كندوجه جاز بيعه بعد مشاهدته، وإن كان قد خرج عن كندوجه طائراً لرعيه ثم يعود ليلاً إلى كندوجه على عادة جارية ففي جواز بيعه وجهان أحدهما لا يجوز وهو قول أبي حنيفة لأنه غير مقدور عليه في الحال كالطير الألف إذا طار.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج أن بيعه جائز وإن كان طائراً بخلاف الطير الطائر. والفرق بينهما أن النحل إن حبس عن الطيران تلف لأنه لا يقوم إلا بالرعي ولا يقع فيه إلا عند طيرانه ليرعى ما يستخلف عسلاً وليس كذلك ما سواه من الطير لأن حبسه ممكن ومنفعته مع الحبس حاصلة.

فصل: وأما بيع السمك في الماء فإن كان في بحر أوبئر ولم يكن محرزاً في بركة أو حوض لم يجز بيعه للمعنيين الماضيين في بيع الطير في الهواء.

وإن كان في بركة أو حوض وحظر عليه حتى لا يقدر على الخروج لم يخل حال السمك من أحد أمرين: إما أن يكون مشاهداً أو غير مشاهد، فإن كان غير مشاهد كان بيعه باطلاً، وغلط بعض أصحابنا فجعله كالعين الغائبة إذا بيعت لخيار الرؤية وهذا غلط لأن العين الغائبة قد يمكن صفتها لتقدم مشاهدة البائع لها وهذا مما لم يتقدم مشاهدته ولا يمكن صفته ولا تعلم قلته ولا كثرته ولا جودته ولا رداءته.

فإن كان السمك مشاهداً لقلة الماء وصفائه، وإن كان السمك كثيراً يمكن أخذه بغير آلة جاز بيعه للقدرة عليه، وخالف فرخ الطائر الذي لا يجوز بيعه مع القدرة عليه لأن حصول

الفرخ في أرضه بغير فعله وحصول السمك بفعله، وإن كان لا يمكن أخذه إلا بآلة ولا يقدر على صيده إلا بشبكة فبيعه لا يجوز لأنه لم يحصل بعد فوت القدرة.

وخرج ابن سريج قولاً آخر أن بيعه جائز وليس بصحيح لما ذكرنا والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمِمَّا يَدْخُلُ فِي هَذَا المَعْنَى أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ عَبْداً لِرَجُلٍ وَلَمْ يُوكِلْهُ فَالْعَقْدُ فَاسِدُ أَجَازَهُ السَّيِّدُ أَوْ لَمْ يُجِزْهُ كَمَا اشْتَرَى آبِقاً فَوَجَدَهُ لَمْ يَجِزِ الْبَيْعِ لأَنَّهُ كَانَ عَلَى فَسَادٍ إِذْ لَمْ يَدْرِ أَيَجِدُهُ أَوْ لاَ يَجِدُهُ وَكَذَلِكَ مُشْتَرِي الْعَبْدِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ لاَ يَدْرِي أَيُجِيزُهُ الْمَالِكُ أَوْ لاَ يُجِيزُهُ».

وهذا كما قال لا يجوز للرجل أن يبيع ملك غيره بغير أمره ليكون العقد موقوفاً على إجازته ولا أن يشتري له بغير أمره ليكون موقوفاً على إجازته».

قال الماوردي: وأجاز مالك البيع والشراء جميعاً على الإجازة.

وأجاز أبو حنيفة البيع على الإجازة دون الشراء استدلالاً بحديث ثبت عن ابن فرقدة أنه سمع الحي يتحدثون عن عروة بن أبي الجعد البارقي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَاراً لِيَشْتَرِيَ لَهُ بِهِ شَاةً أَوْ أُضْحِيَةً فاشْتَرَى لَهُ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَأَتَاهُ بِشَاةٍ وَدِينَارٍ فَدَعَا لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَيْعِهِ بِالْبَرَكَةِ فَكَانَ لَوِ اشْتَرَى تُرَاباً لَرَبِحَ فِيهِ[1] وَبِمَا رُوِيَ أَنَّهُ أَعْطَى حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ دِينَاراً لِيَشْتَرِيَ لَهُ بِهِ أُضْحِيَةً فَاشْتَرَى أُضْحِيَتَيْنِ بِدِينَارٍ وَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ ثُمَّ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِأُضْحِيَةٍ وَدِينَارٍ[2].

قال هذان الخبران على جواز له وقوف البيع على إجازة المالك.

قالوا: ولأنه عقد له لم يجز في الحال فجاز أن يقف على الإجازة كالوصية قالوا: ولأنه بيع مال يتعلق به حق الغير فجاز أن يقف على إجازته كالمريض إذا حابى في بيعه. قالوا: ولأن جميع العقد أكمل من شطره فلما وقف شطره وهو البدل على إجازة المشتري بالقبول فأولى أن يصح وقف جميعه على الإجازة بعد البدل والقبول.

قالوا: ولأنه لمَّا جاز أن يكون العقد موقوفاً على الفسخ إذا ثبت فيه الخيار جاز أن يكون موقوفاً على الإمضاء إنما لم يوجد معه الإذن.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه أن رسول الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وهذا داخل فيه لتردده بين جوازين.

وروى يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قَالَ لاَ تَبِعْ مَالَيْسَ عِنْدَكَ. يعني ما ليس في ملكك.

---

(١) أخرجه البخاري ٦/٦٣٢ في المناقب حديث (٣٦٤٢).

(٢) أخرجه الترمذي ٢/٢٧٦ حديث (٣٣٨٦) والترمذي حديث (١٢٥٧).

وروى وائلة بن عامر أو عامر بن وائلة أن النبي ﷺ قَالَ: لَا تَبِعْ مَا لَا تَمْلِكُ.

وهذا نص. ولأن عقد البيع ينقل ملكاً عن البائع إلى مالك هو المشتري فلما لم يجز أن يكون موقوفاً على إجازة المشتري مع ما فيه من تجديد ملكه فأولى أن يكون موقوفاً على إجازة البائع لما فيه من انتزاع ملكه. وتحرير ذلك قياساً أنه أحد طرفي البيع فلم يجز أن يقف على الإجازة كالمشتري فإن قال أبو حنيفة إنما لم يجز وقوف الشراء لأنه يلزم العاقد فلم يوقف على غيره، وجاز وقوف البيع لأنه لا يلزم العاقد فوقف على غيره. فعلى هذا لا يصح، لأن العاقد لم يتول العقد لنفسه وإنما تولاه لغيره.

وأقوى أحواله أن يكون كالوكيل في الشراء، والوكيل لا يملك ما اشتراه لموكله ثم ينتقل عنه، لأن توكيل العبد في الشراء يجوز وإن كان العبد لا يملك، وتوكيل الرجل في شراء أبيه يجوز ولا يعتق عليه ولو ملكه لعتق عليه، ولم يجز أن ينقل ملكه إلى موكله. وإذا كان كذلك فيمن صحت وكالته فأولى أن يكون كذلك فمن لم تصح وكالته ويدل على المسألة أيضاً أنه بيع بغير رضى من يلزم العقد رضاه فوجب أن يكون باطلاً كبيع المكره ولأنه بيع عن لا قدرة لأحد المتعاقدين على إيقاع قبض فيها فوجب أن يكون باطلاً كبيع الطير في الهواء والحوت في الماء. ولأن نفوذ البيع إنما يكون في ملك وعن إذن من له الملك، فلما كان لو عقد على غير ملك كالخمر ثم صار المعقود عليه ملكاً بأن صار الخمر خلاً لم يصح العقد، وجب إذا عقد عن غير إذن المالك فلم ينفذ العقد ثم أذن المالك أن لا يصح العقد.

وتحريره قياساً أنه عقد بيع لم ينفذ عند عقده فوجب أن لا ينفذ من بعده أصله ما ذكرنا في بيع ما ليس عندك إذا صار ملكاً.

وأما الجواب عن حديث عروة فهو أنه مرسل لا يلزمنا القول به ولو صرنا إليه لم يكن فيه دلالة لما فيه من الشراء الذي لا يصح وقوفه عندهم والبيع الذي لا يصح وقوفه عندنا وقد أثنى عليه النبي ﷺ والثناء لا يستحقه بمخالفته فدل على أنه فعل ذلك عن إذنه.

وأما حديث حكيم بن حزام فيحتمل أمرين:

أحدهما: أن يكون النبي ﷺ رد الأمر فيه إلى رأيه فرأى ما فعله فكان مأذوناً فيه.

والثاني: أنه اشترى ذلك لنفسه ثم باعه لنفسه ثم اشترى للنبي ﷺ شاة عن إذنه المتقدم.

أما قياسهم على الوصايا فغير صحيح لأن حكم الوصايا أوسع وحكم العقود أضيق ألا ترى أن القبول في الوصية على التراخي فجاز أن تكون موقوفة على الإجازة، والقبول في البيوع على الفور فلم يجز أن تكون موقوفة على الإجازة.

وأما قياسهم على محاباة المريض فلا يصح. لأن المحاباة في المرض وصية وقد ذكرنا المعنى في جواز وقف الوصايا على الإجازة فإن البيع لا يقف على الإجازة.

وأما استدلالهم بأنه لما جاز وقوف البدل على قبول المشتري جاز وقوف العقد كله على إذن المالك فغير صحيح. لأن المشتري ليس يوقف البدل على إجازته بالقبول لأنه لم يملك فيه حقاً وإنما تمام العقد معتبر بقبول المشتري فلم يسلم الاستدلال.

وأما استدلالهم بأنه لما جاز وقوف العقد على الفسخ جاز وقوفه على الإجازة فالمعنى في الفسخ أنه دفع للعقد بعد صحته فجاز وقوفه، والإجازة إنما هي وقوف ما لم يتقدم صحته. فجاز وقوف ما صح ولم يجز وقوف ما لم يصح. والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ اشْتَرَى مَائَةَ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ لَمْ يَجُزْ لِجَهْلِهِ بِالأَذْرُعِ وَلَوْ عَلِمَا ذَرْعَهَا فَاشْتَرَى مِنْهَا أَذْرُعاً مُشَاعَةً جَازَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

ولو اشترى داراً أو أرضاً بحدودها وهما لا يعلمان مبلغ ذرعها كان البيع جائزاً كالصبرة لأن الجملة بالمشاهدة معلومة.

وكذا لو اشترى نصف جميع الدار والأرض التي يعرف مبلغ ذرعها مشاعاً جاز ولو اشترى أرضاً مذارعة كل جريب بدينار فإن كانا يعلمان مبلغ ذرعها جاز. وإن كانا لا يعلمان مبلغ ذرعها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول البغداديين أن لا يجوز للجهل بمبلغ الثمن.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين أنه يجوز لعقده بما يصير الثمن معلوماً به كالصبرة إذا باعها كل قفيز بدرهم وهما لا يعلمان مبلغ كيلها.

فلو باعه الأرض مذارعة كل جريب بدينار على أنها عشرة أجربة فخرجت من الذرع تسعة أجربة ونقصت جريباً فالبيع جائز، ونقصانها عيب يوجب خيار المشتري في الفسخ أو المقام على التسعة بالحساب من الثمن.

ولو خرجت في الذرع تزيد جريباً يعنى خرح أحد عشر جريباً ففي البيع قولان:

أحدهما: أن البيع باطل، لأن البائع لا يجبر على تسليم الأرض بحدودها مع الزيادة التي لم يتناولها العقد.

والقول الثاني: أن البيع جائز لأن قدر ما يتناوله العقد من عدد الجربان مقدور على تسليمه ويكون البائع شريكاً بالجريب الزائد إلا أن هذا عيب لأن دخول اليد بالشركة نقص فيكون المشتري بالخيار في الفسخ أو المقام على الذرع المشروط دون القدر الزائد.

فلو اشترى من الأرض كل جريب بدينار ولم يذكر قدر ما اشتراه من الجربان فالبيع باطل لأنه اشترى بعضاً مجهولاً.

فأما مسألة الكتاب فصورتها في رجل اشترى مائة ذراع من دار أو جريباً من أرض فإن كانا يعلمان ذرع الدار وأنها ألف ذراع صح البيع.

وقال أبو حنيفة لا يصح البيع إلا أن يعقد على سهم منها كنصف أو ثلث أو عشر.

وهذا قول مردود لأنه فرق بين قوله قد اشتريت عشرها وبين قوله قد اشتريت مائة ذراع وهي ألف ذراع في أن المعقود عليه عشرها. فأما إن جهلا مبلغ ذرعها فالبيع باطل. لأن المبيع منها يصير مجهول القدر، إذ ليس يعلم أن يكون نصفاً أو عشراً.

وهكذا لو قال بعتك هذه الدار إلا مائة ذراع منها لم يجز إن جهلا مبلغ ذرعها وجاز إن علماه. ولو قال قد ابتعت مائة ذراع من هذه محوزة على أن تذرع لي من أي موضع شئت منها كان البيع باطلاً لاختلاف قيم أماكنها، بخلاف الصبرة التي تستثنى، وأقيم جميعها، وجرى مجرى من ابتاع بطيخاً أو رماناً عدداً قبل أن يجوزه فبطل بيعه لاختلاف قيمة ذلك بالصغر والكبر والجودة والرداءة. ولكن لو قال قدابتعت مائة ذراع من هذه الدار على أن تذرع لى من مُقَدَّمِها أو قال من مُؤَخرِها فإن لم يذكر أنه يذرع ذلك له في عرض الدار كله لم يجز. لأنه قد يحتمل أن يلتمس من مُقَدَّمِها طولاً من غير استيفاء العرض.

وإن ذكر أنه مستوفي المائة ذراع من مُقَدَّمِها في جميع العرض: فإن كان قد علما الموضع الذي ينتهي إليه الذرع صح البيع لأنه يصير مُحْوَزاً. وإن لم يعلما موضع الانتهاء في صحة البيع وجهان:

أحدهما: صحيح وبه قال أبو إسحاق المروزي وابن أبي هريرة لأن تعيين الابتداء يفضي إلى معرفة الانتهاء.

والوجه الثاني: أن البيع باطل وهو عندي أصح لأن البيع لا يكون مشاعاً في الجملة ولا محدوداً بالإجازة.

فصل: فأما بيع الثياب عدداً وذرعاً فينظر: فإن بيع الثوب مذارعة كل ذراع بدرهم فبيعه جائز سواء علما مبلغ ذرعه قبل العقد أو جهلاه وهذا مما اتفق عليه البغداديون والبصريون وإن اختلفوا في بيع الأرض مذارعة وهو حجة البصريين عليهم. فلو تبايعا الثوب مذارعة كل ذراع بدرهم على أنه عشرة أذرع فنقص ذراعاً فالبيع جائز والمشتري بالخيار في أخذه ناقصاً بحسابه من الثمن أو فسخه، ولو زاد ذراعاً كان في بيعه قولان: كالأرض فلو باعه ذراعاً من الثوب بدرهم فإن علما ذرع جميعه صح، وإن لم يعلما ذرع جميعه فإن لم يعينا موضع الذراع المبيع من الثوب لم يجز وكان البيع باطلاً. فإن عيناه فإن قدراه وعلما انتهاءه جاز.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز لما في قطعه من إدخال النقص في الذراع المبيع والثوب الباقي وهذا تعليل يفضي إلى نقص في جميع المباعات لما يستحق من قسمتها المفضي إلى نقص الحصص فاقتضى أن يكون مطرحاً.

وإن عينا ابتداءه ولم يعينا انتهاءه ففي جواز بيعه وجهان على ما مضى في الأرض.

فأما بيع الثوب عدداً وهو أن يبيع رزمة ثياب عدداً كل ثوب بدينار بعد مشاهدة كل ثوب منها فالبيع جائز فلو باعه الرزمة كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب وكان فيها تسعة أثواب فالبيع جائز وللمشتري أن يأخذها بالقسط من الثمن.

ولو زادت ثوباً فالبيع في جميعها باطل قولاً واحداً بخلاف الأرض والثوب الواحد إذا بيعا مذارعة. لأن الثياب قد يختلف وليس يمكن أن يكون الثوب الزائد مشاعاً في جميعها ومساوياً لباقيها وما زاد على الثوب الواحد والأرض فمتقارب لباقيه ويمكن أن يكون مشاعاً في جميعه. ولو باعه ثوب واحد من الرزمة بدينار فإن عينه عليه صح البيع فيه، لم يعينه عليه كان بيعه باطلاً لاختلاف الأثواب ولو ابتاع رزمة ثياب وإن لم يعلم عددها بعشرة دنانير جاز إذا شاهد كل ثوب منها كالصبرة والأرض، وكذلك لو ابتاع نصفها أو ربعها مشاعاً صح البيع.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فِي الضُّرُوعِ لأنه مَجْهُولٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال بيع اللبن في الضرع لا يجوز لا كيلاً ولا جزافاً. وأجاز الحسن البصري بيعه في الزمان القريب. لأنه لما جاز بيعه مع الشاة جاز بيعه مفرداً عنها. وهذا ليس بصحيح لما روى ابن عباس أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْلَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَالصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ وقد روى هذا الحديث موقوفاً على ابن عباس[1] ولأنه مجهول القدر غير مشاهد ولا معلوم فلم يصح بيعه، ولأنه قد يحلب في زمان يختلط به لبن حادث لم يدخل في العقد فيصير تسليمه متعذراً وما تعذر تسليمه بطل بيعه.

فأما بيعه في الشاة تبعاً لها فيجوز لأنه وإن كان مجهولاً فهو تبع لمعلوم، والجهالة في البيع لا تمنع صحة العقد كالجهل بأساس البناء.

فصل: فأما ما يحل شربه وبيعه من الألبان ويحرم: فجملة الألبان تنقسم ثلاثة أقسام: قسم يحل شربه وبيعه وهو لبن كل حيوان كان مأكول اللحم، وقسم لا يحل شربه ولا يجوز بيعه وهو لبن كل حيوان كان نجساً في حياته، وقسم اختلف فيه وهو لبن كل حيوان لا يؤكل لحمه وهو طاهر في حياته فلا يحل شربه، واختلف أصحابنا في نجاسته وتحريم بيعه على وجهين:

أحدهما: أنه نجس كلحمه ولا يجوز بيعه.

---

(١) أخرجه الدارقطني ٣/١٤ والبيهقي ٥/٣٤٠.

والثاني: أنه طاهر ويجوز بيعه إن كان منتفعاً به، لأن طهارة لبن الحيوان معتبر بطهارته في حياته كلبن الآدميات.

فصل: ولبن الآدميات عندنا طاهر وشربه حلال وبيعه جائز.

وقال أبو القاسم بن يسار الأنماطي من أصحابنا هو نجس لا يحل لغير الصغار شربه ولا يجوز بيعه وهو مذهب تفرد به.

وقال أبو حنيفة: هو طاهر وشربه جائز غير أن بيعه لا يجوز استدلالاً بأنه غير مبيع في العادة فلو جاز في الشرع لاختلفت فيه العادة، ولأنه مما يستباح بعقد الإجارة فلم يجز بيعه كالمنافع، ولأن لبن الآدميات وإن كان طاهراً فهو كالدموع والعرق، فلما لم يجز بيع الدموع والعرق وإن كان طاهراً لم يجز بيع اللبن وإن كان طاهراً.

ودليلنا رواية أبي هريرة رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ ثَمَنَهُ. وَرُوِيَ إِذَا حَرَّمَ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ ثَمَنَهُ».

فكان دليله أن ما لم يحرم أكله لم يحرم ثمنه؛ ولأنه لبن يحل شربه فجاز بيعه كلبن النَّعَم طرداً والكلاب عكساً، ولأن لبن الآدميات معد للشرب عرفاً وشرعاً فجاز بيعه كالماء وأما الجواب عن قوله إنه غير مبيع في العادة فهو أنه لا يجوز أن يجعل العادة الجارية حالة على شرع سالف.

وأما قياسهم على بيع المنافع بعلة أنه يستباح بعقد الإجارة، فعندنا أن بيع المنافع جائز إذا تقدرت بمدة وإن خالفونا فيه وسيأتي الكلام معهم على أن أصحابنا قد اختلفوا في لبن الحاضنة هل هو المقصود في عقد الإجارة على وجهين:

أحدهما: أنه ليس بمقصود وإنما الكفالة مقصودة واللبن تبع فعلى هذا لا نسلم التعليل.

والثاني: أن اللبن هو المقصود والكفالة تبع فعلى هذا إنما يستباح هذا اللبن بعقد الإجارة قبل ظهوره وتلك حال لا يجوز بيعه فيها. وبعد الظهور لا يجوز بعقد الإجارة وتلك هي للحالة التي يجوز بيعه فيها وأما الدموع والعرق فلما كان محرم الشرب غير منتفع به لم يجز بيعه، ولبن الآدميات لما جاز شربه وانتفع به جاز بيعه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «كَانَ ابْنُ عَبَّاسٍ يَكْرَهُ بَيْعَ الصُّوفِ عَلَى ظَهْرِ الْغَنَمِ وَاللَّبَنِ فِي ضُرُوعِهَا إِلَّا بِكَيْلٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح لا يجوز بيع الصوف على ظهور الغنم.

وقال مالك: يجوز بيعه جزافاً كالبقل والقصيل وهذا خطأ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَالصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ ولأنه لا يمكن أن يستوفي جزءاً لما يبقى منه ولا يمكن أن يؤخذ

منه حلقاً لما يضربه وما لا يمكن استيفاؤه لا يجوز بيعه، أما القصيل والبقل فإنما جاز بيعه بشرط الجزء لأمرين:

أحدهما: أنه يمكن استيفاؤه بالاستقصاء عليه، وفي الصوف لا يمكن.

والثاني: أن بيعه بعد الجزاز موكس لثمنه وإن تأخر بيعه هلك، والصوف مخالف له.

فصل: [القول في بيع المسك في فأرة]

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمِسْكِ فِي فَارَةٍ لأَنَّه مَجْهُولٌ لَا يُدْرَى كَمْ وَزْنُهُ مِنْ جُلُودِهِ (قال المزنيّ) يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ إِذَا رَآهُ بِعَيْنِهِ حَتَّى يُحِيطَ بِهِ عِلْماً جُزَافاً».

قال الماوردي: أما المسك فطاهر واستعماله حلال وبيعه جائز.

وحكي عن طائفة من الشيعة أنه نجس لا يحل استعماله، ولا يجوز بيعه لأنه دم جامد في جلد حيوان غير مأكول وهذا قول مردود.

ولأن رسول الله ﷺ قَدِ اسْتَعْمَلَهُ، وَأَهْدَاهُ إِلَى النجاشي وَقَبِلَهُ فِي هَدِيَّةِ الْمُقَوْقَسِ الْعَجَلِيِّ[1].

قَالَتْ عَائِشَةُ رَأَيْتُ وَبِيصَ الْمِسْكِ فِي مَفْرِقِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ ثَلاثٍ. وكل هذا ينفي عن المسك حكم النجاسة والتحريم، مع الإجماع الظاهر في الخاصة والعامة على استعماله وترك النكير فيه.

فأما قولهم إنه دم جامد فليس كذلك وإنما كان دماً فاستحال وصار مسكاً فلم يمنع أن يصير بعد الاستحالة طاهراً كاللبن الذي أخبره الله تعالى عنه بأنه خارج من بين غرث ودم، ولم يمتنع أن يكون طاهراً وإن خرج من بين نجس. وقولهم إنه من حيوان غير مأكول فعنه جوابان:

أحدهما: أنه مأكول لأنه من غزال وقد استفاض ذلك حتى قال فيه المتنبي:

فَإِنْ تَفِقِ الأَنَامُ وَأَنْتَ مِنْهُمُ فَإِنَّ الْمِسْكَ بَعْضُ دَمِ الْغَزَالِ[2]

والثاني: أنه لو كان من غير مأكول لم يمتنع أن يكون طاهراً لأن العسل طاهر وإن خرج من النحل الذي لا يؤكل.

فإذا ثبت أنه طاهر وأن استعماله حلال وأن بيعه جائز فلا يخلو حاله عند بيعه من أن

---

(١) أخرجه ابن حبان وذكره الهيثمي في الموارد ص ٢٧٩ حديث (١١٤٤) وأخرجه البيهقي ٦/٢٦.
(٢) البيت في ديوانه انظر شرح الديوان ٣/٢٠.

يكون في فأرة، فإن لم يكن مفتوحاً مشاهداً لم يجز بيعه بحال، وإن كان مفتوحاً مشاهداً: فإن باعه جزافاً جاز، وإن باعه وزناً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يشترط إنذار ظروفه من الوزن فيجوز بيعه كالسمن في ظروفه.

والثاني: أن يبيعه مع ظروفه فالبيع باطل للجهالة بثمن المسك المقصود.

فصل: فأما الزباد وهو لبن سِنَّوز يكون في البحر يحلب لبناً كالمسك ربحاً واللبن بياضاً يستعمله أهل البحر طيباً فقد اختلف أصحابنا في طهارته إذا قيل بنجاسة لبن ما لا يؤكل لحمه على وجهين:

أحدهما: أنه نجس اعتباراً بجنسه.

والثاني: أنه طاهر كالمسك لقوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ﴾ [الأعراف: ١٥٧] والله أعلم.

بَابُ بَيْعِ حَبَلِ الْحبْلَةِ وَالْمُلاَمَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ وَشِرَاءِ الأَعْمَى

قَالَ الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنِ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الحبلَةِ[1] وَكَانَ بَيْعاً يَتَبَايَعُهُ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ كَانَ الرَّجُلُ يَبْتَاعُ الْجَزُورَ إِلَى أَنْ تُنْتِجَ النَّاقَةُ ثُمَّ تُنْتِجَ الَّتِي فِي بَطْنِهَا (قال الشافعي) فَإِذَا عَقَدَا الْبَيْعَ عَلَى هَذَا فَمَفْسُوخٌ لِلْجَهْلِ بِوَقْتِهِ وَقَدْ لاَ تُنْتِجُ أَبَداً».

قال الماوردي: واختلف الناس في بيع حبل الحبلة الذي نهى رسول الله ﷺ عن بيعه:

فقال أبو عبيد هو بيع نتاج النتاج فيقول إذا نتجت ناقتي هذه ونتج نتاجها فقد بعتكه بدينار فَنَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِمَا فِيهِ مِنَ الْجَهَالَةِ وَالْغَرَرِ فِي النِّتَاجِ الأَوَّلِ وَالثَّانِي لأنها قد تنتج وقدلا تنتج فإذا انتجت فقد يتقدم نتاجها ويتأخر، ويكون تارة ذكراً وتارة أنثى فكان بيعه مع هذا الغرر والجهالة باطلاً. وهذا التأويل أشبه بظاهر اللفظ.

وقال الشافعي: حبل الحبلة المنهي عنه أن يكون الأجل في البيع مقدراً به ولا يكون هو المبيع بنفسه، وهو أن يقول بعتك هذا الشيء بدينار مؤجل إلى نتاج هذه الناقة فيكون البيع باطلاً للجهل بمدة الأجل وأن تلك الناقة قد تنتج وقد لا تنتج، وقد يقرب نتاجها ويبعد.

والتأويل الأول وإن كان أشبه بظاهر اللفظ فهذا التأويل الثاني أصح لأمرين: لأن الراوي قد فسره به، ولأن بيع النتاج قد تضمنه النهي عن بيع الملاقيح و المضامين فكان حمل هذا على غيره من الفوائد أولى. وأي التأويلين كان فالبيع فيه باطل، لأن حكم البيع في التأويلين متفق عليه وإن اختلف في المراد به.

فصل. وروى أبو الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ[2].

---

(١) أخرجه البخاري ٣٥٦/٤ في كتاب البيوع حديث (٢١٤٣) ومسلم ١١٥٣/٣ في البيوع حديث (١٥١٤/٥).

(٢) أخرجه مسلم ١١٥٣/٣ في البيوع باب بطلان بيع الحصاة (١٥١٣/٤).

وفيه ثلاثة تأويلات: أحدها: أن يأتي وبيده حصاة إلى بزاز وبين يديه ثياب فيشتري منه ثوباً على أن يلقي هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو المبيع. فهذا بيع باطل للجهل بعين ما وقع العقد عليه.

والتأويل الثاني: هو أن يبتاع شيئاً بثمن مؤجل إلى أن يلقي هذه الحصاة من يده وهذا أيضاً بيع باطل للجهل بمدة الأجل.

والتأويل الثالث: هو أن يشتري من أرض إلى حيث انتهاء إلقاء الحصاة ثم يرمي الحصاة فإلى أين انتهت من الأرض فهو القدر المبيع، وهذا أيضاً بيع باطل للجهل بقدر ما يتناول العقد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْمُلاَمَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ وَالْمُلاَمَسَةِ[1] عِنْدَنَا أَنْ يَأْتِيَ الرَّجُلُ بِثَوْبِهِ مَطْوِيًّا فَيَلْمَسَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ فِي ظُلْمَةٍ فَيَقُولَ رَبُّ الثَّوْبِ أَبِيعُكَ هَذَا عَلَى أَنَّهُ إِذَا وَجَبَ الْبَيْعُ فَنَظَرُكَ إِلَيْهِ اللَّمْسُ لاَ خَيَارَ لَكَ إِذَا نَظَرْتَ إِلَى جَوْفِهِ أَوْ طُولِهِ وَعَرْضِهِ وَالْمُنَابَذَةُ أَنْ أَنْبِذَ إِلَيْكَ ثَوْبِي وتنبذ إِلَيَّ ثَوْبَكَ عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالآخَرِ وَلاَ خَيَارَ إِذَا عَرَفْنَا الطُّولَ وَالْعَرْضَ وَكَذَلِكَ أَنْبُذُهُ إِلَيْكَ بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ».

قال الماوردي: وأصل هذا ما رواه الشافعي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نَهَى عَنْ الْمُلاَمَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ.

وروى الشافعي عن ابن عيينة عن الزهري عن عطاء بن يزيد عن أبي سعيد الخدري[2] أن رسول الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ وَعَنْ لِبْسَتَيْنِ، أَمَّا الْبَيْعَتَانِ فَالْمُلاَمَسَةُ وَالْمُنَابَذَةُ، وَأَمَّا اللِّبْسَتَانِ فَاشْتِمَالُ الصَّمَّاءِ والاحْتِبَاءِ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ ليس على فرجه منه شيء. فأما بيع الملامسة فهو ما فسره الشافعي من أن يأتي الرجل بثوبه مطوياً أو في سفط أو تكون ظلمة فيقول أبيعك هذا الثوب على أن تلمسه بيدك ولا خيار لك إذا أبصرته وعرفت طوله وعرضه، فهذا بيع باطل للنهي عنه، ولما فيه من الغرر لعدم النظر، ولما تضمنه الشرط من إسقاط الخيار المستحق بالعقد.

(فأما) بيع المنابذة: والنبذ في كلامهم الإلقاء. قال الله تعالى: ﴿فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ﴾ [الأنفال: ٥٨] وقال تعالى: ﴿فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ﴾ [آل عمران: ١٨٧] أي ألقوه. وصورة المنابذة: أن يقول الرجل لصاحبه هوذا أنبذ إليك ثوبي، أو ما في كمي على أن تنبذ إليَّ ثوبك أو ما في كمك على أن كل واحد منهما بالآخر ولا خيار لواحد منا بعد

---

(١) أخرجه البخاري ١٠/٢٧٨ حديث (٥٨٢٠) ومسلم ٣/١١٥٢ في كتاب البيوع حديث (٣/١٥١٢).

(٢) انظر التخريج السابق.

النظر فهنا بيع باطل، وكذا لو قال هوذا أنبذ إليك ما في كمي بدينار ولا خيار لك بعد نظرك إليه، وهذا بيع باطل، وإنما بطل بيع المنابذة للنهي عنه، ولأن الغرر كثير فيه، ولأن الخيار مسلوب منه.

فصل: وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعَرْبَانِ[١]، وَرُوِيَ عَنْ بَيْعِ الأَرْبُونِ، وَرُوِيَ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمُسْكَانِ.

وهو بيع قال مالك: وهو أن يشتري الرجل العبد أو يتكارى الدابة ثم يقول أعطيتك ديناراً على أني إن رجعت عن البيع و الكراء فما أعطيتك لك.

وهذا بيع باطل للنهي عنه، ولحدوث الشرط فيه، ولأن معنى القمار قد تضمنه. والله أعلم.

فصل: وروي عن النبي ﷺ أنه نُهَى عَنْ بَيْعِ الْعِينَةِ.

وروى عطاء الخراساني عن نافع عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِذَا تَبَايَعْتُمْ العِينَةَ وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقَرِ وَرَضِيتُمْ بِالزَّرْعِ وَتَرَكْتُمْ الْجِهَادَ سَلَّطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْتَزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ»[٢].

وصورة بيع العينة هو: أخذ العين بالربح مشتق الاسم من المعنى.

وقال الشاعر وأنشدنيه أبو حامد الاسفراييني:

أَنَدَّانُ أَمْ نَعْتَانُ أَمْ يَنْبَرِي لَنَا ... فَتًى مِثْلُ نَصْلِ السَّيْفِ هُزَّتْ مَضَارِبُه[٣]

قوله: يدان: من الدين، ويعتان: من العينة. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَجُوزُ شِرَاءُ الأَعْمَى وَإِنْ ذَاقَ مَالَهُ طَعْمٌ لأَنَّهُ يَخْتَلِفُ فِي الثَّمَنِ بِاللَّوْنِ إِلَّا فِي السَّلَمِ بِالصِّفَةِ وَإِذَا وَكَّلَ بَصِيراً يَقْبِضُ لَهُ عَلَى الصِّفَةِ (قال المزني) يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ الشَّافِعِيُّ بِلَفْظَةِ الأَعْمَى الَّذِي عَرَفَ الأَلْوَانَ قَبْلَ أَنْ يَعْمَى فَأَمَّا مَنْ خُلِقَ أَعْمَى فَلا مَعْرِفَةَ لَهُ بِالأَلْوَانِ فَهُوَ فِي مَعْنَى مَنِ اشْتَرَى مَا يَعْرِفُ طَعْمَهُ وَيَجْهَلُ لَوْنَهُ وَهُوَ يُفْسِدُهُ فَتَفَهَّمْهُ وَلَا تَغْلَطْ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: البيوع ضربان بيع عين وبيع صفة، فأما بيع العين فلا يصح من الأعمى إلا أن يكون بصيراً قد شاهد ما ابتاعه قبل العمى فيصح.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢/٦٠٩ في كتاب البيوع حديث (١) وأبو داود ٣/٧٦٨ حديث (٣٥٠٢) وابن ماجة ٢/٧٣٨ حديث (٢١٩٢، ٢١٩٣).

(٢) أخرجه أبو داود حديث (٣٤٦٢) والبيهقي ٥/٣١٦ وانظر نصب الراية ٤/١٧.

(٣) البيت لذي الرمّة وهو في اللسان هكذا م [عون]:

أنعتان أم نَدّانُ أم ينبري لنا ... فتى مثل نصل السيف شيمته الحمد؟

وقال أبو حنيفة ومالك يجوز بيع الأعمى وشراؤه استدلالاً بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وبأنه إجماع الصحابة: وهو أن العباس بن عبد المطلب وابنه عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر كَانُوا يَتَبَايَعُونَ وَيَشْتَرُونَ فَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ أَحَدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ. فدل على أنهم مجمعون عليه.

ولأن كل من صح منه التوكيل في البيع صح منه عقد البيع كالبصير.

ولأن كل عقد جاز أن يقبله البصير جاز أن يقبله الضرير كالنكاح.

ودليلنا نَهْيُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْغَرَرِ، وعقد الضرير من أعظم الغرر.

ولنهيه ﷺ عَنْ بَيْعِ الْمُلَامَسَةِ، وبيع الضرير أسوأ حالاً منه.

ولأنه بيع مجهول الصفةعند العاقد فوجب أن يكون باطلا، كما لو قال: بعتك عبداً أو ثوباً. ولأنه بيع عين فوجب أن يكون لفقد الرؤية تأثير فيه كالبصير فيما لم يره.

فأما استدلالهم بعموم الآية فمخصوص بما ذكرنا.

وأما نقلهم الإجماع فغير صحيح لأنه لا نقل معهم أن هؤلاء باشروا عقد البيع بعد العمى. ولو نقلوه لم يكن إجماعاً لأن ترك الإنكار لا يكون رضاً.

وأما قياسهم على البصير فالمعنى في صحة بيعه حصول مشاهدته، والأعمى مفقود المشاهدة.

وأما قياسهم على النكاح فالمعنى فيه أنه لما لم يكن للرؤية تأثير فيه صح من الأعمى ولما كان للرؤية تأثير في المنع لم يصح من الأعمى.

فصل: وأما بيع الصفة فهو السلم ويصح ذلك من الأعمى بيعاً وشراء لأن السلم عقد على صفة يفتقر إلى الخبر دون النظر فاستوى فيه الأعمى والبصير لاستوائهما في المخبرات، وإن اختلفا في بيوع الأعيان لاختلافهما في المشاهدات.

فأما قول المزني: يشبه أن يكون أراد الشافعي إلى آخر كلامه، فكأن المزني يذهب إلى أن الأعمى لا يصح منه عقد السلم إلا أن يكون بصيراً قد عرف الألوان ثم عمي.

فأما الأكمه الذي خلق أعمى فلا يصح منه السلم لجهله بالألوان.

وخرَّج مذهب الشافعي كذلك. واختلف أصحابنا فكان بعضهم يحمل الأمر على ما قاله المزني. وذهب جمهورهم إلى من عقد السلم في عقد السلم بين الأعمى الذي كان بصيراً وبين من خلق أعمى لم يبصر، لأن من خلق أعمى وإن لم يعرف الألوان فهو يعرف أحكامها، ويعلم اختلاف قيم الأمتعة باختلاف ألوانها، وأن الحنطة البيضاء أجود من الحنطة

السمراء، فصار فيها كالبصير وكالأعمى الذي كان بصيراً، ألا ترى أن البصير لو وصف له متاع لم يره ولا عرفه في بلد تبعد عنه جاز أن يسلم فيه وإن لم يعرف الصفات التي اشتمل العقد عليها إذا علم تفاصيلها باختلافها، فكذلك سلم الأعمى.

فإذا ثبت أن عقد السلم يصح منه فقبضه عند حلوله لم يصح منه، لأن القبض يحتاج إلى استيفاء الصفات المستحقة بالعقد وذلك مما لا يدرك إلا بالمشاهدة والنظر، فجرى مجرى عقد البيع على عين لا تصح من الأعمى حتى يوكل فيه بصيراً يعقد عنه أوله.

كذلك لا يصح من الأعمى قبض المسلم فيه ولا إقباضه حتى يوكل من يقبض له إن كان مشترياً أو يقبض عنه إن كان بائعاً والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالْمَضَامِينُ مَا فِي أَصْلاَبِ الْفُحُولِ، وَالْمَلاَقِيحُ مَا فِي بُطُونِ الإِنَاثِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. رَوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَضَامِينِ وَالْمَلاَقِيحِ[1]. وفيه تأويلان: **أحدهما**: أن المضامين ما في بطون الإناث، والملاقيح ما في أصلاب الفحول وهذا قول طائفة.

والثاني: ما قال الشافعي قال المزني وأنشد ابن هشام لصحة قول الشافعي قول الشاعر:

إِنَّ الْمَضَامِينَ الَّتِي فِي الصُّلْبِ ... مَاءُ الْفُحُولِ فِي الظُّهُورِ الْحُدْبِ[2]
ليس بمغن عنك جهد الكرب

وأنشد أيضاً:

مَنَّيْتَنِي مَلاَقِحاً فِي الأَبْطُنِ ... تُنْتَجُ مَا يَلْقَحُ بَعْدَ أَزْمُنِ[3]

فإذا ثبت هذا فبيع الملاقيح والمضامين باطل لنهي النبي ﷺ عنه.

ونهيه عن بيع المَجْر وهو الحمل، ولنهيه عن بيع الغرر وفيه غرر، فإن قيل: فإذا كانت هذه البياعات التي نهى عنها غرراً دخلت في نهيه عن بيع الغرر، فهلا اكتفى بذلك النهي عن تخصيص هذه بالنهي؟ قلنا: إنما فعل ذلك تأكيداً ولأن هذه بياعات قد كانت مألوفة لهم فخصها بالنهي، وإن دخلت في جملة نهيه عن بيع الغرر لأن لا يجعلوا العادة المألوفة منهم في هذه البيوع مخصصة لعموم النهي عن بيع الغرر فكان تخصيصها بالنهي أوكد.

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ١١/ ٢٣٠ وانظر مجمع الزوائد ٤/ ١٠٤.
(٢) البيت في اللسان م [لقح].
(٣) البيت في اللسان م [لقح].

بَابُ الْبَيْعِ بِالثَّمَنِ الْمَجْهُولِ وَبَيْعِ النَّجْشِ وَنَحْوَ ذَلِكَ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا الدراوردي عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عَلْقَمَةَ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ[1] (قال الشافعي) وَهُمَا وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَقُولَ قَدْ بِعْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ نَقْدًا أَوْ بِأَلْفَيْنِ إِلَى سَنَةٍ قَدْ وَجَبَ لَكَ بِأَيِّهِمَا شِئْتُ أَنَا وَشِئْتَ أَنْتَ فَهَذَا بَيْعُ الثَّمَنِ فَهُوَ مَجْهُولٌ. وَالثَّانِي أَنْ يَقُولَ قَدْ بِعْتُكَ عَبْدِي هَذَا بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِأَلْفٍ فَإِذَا وَجَبَ لَكَ عَبْدِي وَجَبَتْ لِي دَارُكَ لأَنَّ مَا نَقَصَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِمَّا بَاعَ ازْدَادَهُ فِيمَا اشْتَرَى فَالْبَيْعُ فِي ذَلِكَ مَفْسُوخٌ».

قال الماوردي: وهذا الحديث ثابت.

وقد روى أبو داود عن ابن أبي شيبة عن يحيى بن زكريا عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ فَلَهُ أَوْكَسُهُمَا أَوِ الرِّبَا»[2].

فإذا ثبت هذان الحديثان ففي بيعتين في بيعة وجهان مخرجان حكاهما الشافعي رضي الله عنه أحدهما: أن يقول قد بعتك داري هذه بألف على أن تبيعني عبدك هذا بألف إذا وجبت لك داري وجب لي عبدك، فهذا بيع باطل في العقدين معاً للنهي عنه.

ولأنه بيع وشرط وقد جاء النهي عنه..

ولأنه ألزمه مع الثمن بيع ما لا يلزم فصار الثمن مجهولاً ببعض الشرط، وجهالة الثمن تبطل البيع.

والوجه الثاني: أن يقول قد بعتك داري هذه بألف صحاحاً أو بألفين غلة تأخذها بأيهما شئت أنت أو شئت أنا ويفترقان على هذا، أو يقول بألف عاجلة وبألفين آجلة فهذا بيع باطل.

وقال مالك البيع صحيح.

---

(١) أخرجه الترمذي ٣/٣٣، حديث (١٢٣١) وقال: حسن صحيح والنسائي ٧/٢٩٥.

(٢) أخرجه أبو داود ٣/٧٣٨ حديث (٣٤٦١).

وهذا خطأ لورود النهي عنه نصاً ومنع الشرع منه خصوصاً. ولأن الثمن فيه مجهول لجهلهما باستقراره على الألف العاجلة أو الألفين الآجلة ولا يصح عقد البيع مع جهالة الثمن فيه.

وقد يتفرع على الوجه الأول أن يقول قد بعتك داري هذه بألف على أن تؤاجرني عبدك هذا بمائة فيكون البيع باطلاً لاشتراط الإجارة فيه وتكون الإجارة باطلة لاشتراط البيع فيها لأنهما عقدان في عقد.

وهكذا لو قال قد أجرتك داري هذه على أن تؤاجرني عبدك هذا كان عقدا الإجارة باطلين كالبيعتين.

وهكذا القول في كل عقد شرط فيه عند عقده عقداً آخر فإنهما يبطلان معاً سواء كان العقدان من جنس واحد أو من جنسين. فأما إن لم يجعل أحد العقدين شرطاً في الآخر بل قال قد بعتك عبدي هذا فبعني دارك هذه صح العقد الذي عقداه في الحال وكان الثاني طلباً إن قابله بالإجازة فيه صح أيضاً.

ولكن لو قال قد بعتك عبدي هذا إن بعتني دارك هذه لم يصح البيع لأنه عقد معلق بصفة كقوله قد بعتك عبدي هذا إن قدم زيد. والله تعالى أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ النَّجَشِ[1] (قال الشافعي) وَالنَّجَشُ خَدِيعَةٌ وَلَيْسَ مِنْ أَخْلَاقِ أَهْلِ الدِّينِ وَهُوَ أَنْ يَحْضُرَ السِّلْعَةَ تُبَاعُ فَيُعْطِي بِهَا الشَّيْءَ وَهُوَ لَا يُرِيدُ شِرَاءَهَا لِيَقْتَدِيَ بِهَا السُّوَّامُ فَيُعْطِي بِهَا أَكْثَرَ مِمَّا كَانُوا يُعْطُونَ لَوْ لَمْ يَعْلَمُوا سَوْمَهُ فَهُوَ عَاصٍ لِلَّهِ بِنَهْيِ رَسُولِ ﷺ وَعَقْدُ الشِّرَاءِ نَافِذٌ لِأَنَّهُ غَيْرُ النَّجَشِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. روى الشافعي عن مالك عن نافع ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: لَا تَنَاجَشُوا[2].

فأصل النجش: هو الإثارة للشيء، ولهذا قيل للصياد: النجاش، والناجش لإثارته للصيد وكذا قيل لطالب الشيء نجاش فالطلب نجش.

وقال الشاعر:

فَمَا لَهَا اللَّيْلَةَ مِنْ إِنْفَاشِ غَيْرَ السُّرَى وَسَائِقٍ نَجَّاشِ[3]

---

(١) أخرجه البخاري ٤/٤١٦ حديث (٢١٤٢ و٦٩٦٣) ومسلم ٣/١١٥٦.

(٢) أخرجه الدرامي ٢/٢٥٥ ومن حديث أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه مسلم ٣/١١١٥ حديث (١٥١٥/١١).

(٣) البيت في اللسان م [نجش].

وحقيقة النجش المنهي عنه في البيع أن يحضر الرجل السوق فيرى السلعة تباع فبمن يزيد فيزيد في ثمنها وهو لا يرغب في ابتياعها ليقتدي به الراغب فيزيد لزيادته منه أن تلك الزيادة لرخص السلعة اغتراراً به. فهذا خديعة محرمة. وقد قال ﷺ: «الْمَكْرُ وَالْخَدِيعَةُ وَصَاحِبُهُمَا فِي النَّارِ»(١).

وقال ﷺ: «لَا خِلَابَةَ فِي الإِسْلَامِ» أي لا خديعة.

فإذا ثبت أن النجش حرام فالبيع لا يبطل؛ لأن المشتري وإن اقتدى به فقد زاد باختياره فإن علم المشتري بحال الناجش من غروره وأراد فسخ البيع به نظر في حال الناجش فإن كان قد نجش وزاد من قبل نفسه من غير أن يكون البائع قد نصبه للزيادة كان الناجش هو العاصي والبيع لازم للمشتري ولا خيار له في فسخه لأنه لم يكن من البائع تدليس في بيعه.

وإن كان البائع قد نصب الناجش للزيادة ففي خيار المشتري وجهان:

أحدهما: له الخيار لأن ذلك تدليس من البائع.

والثاني: لا خيار له لأن الزيادة زادها عن اختياره. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَقَالَ ﷺ: «لَا بَيْعَ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ» (قال الشافعي): وَبَيَّنَ فِي مَعْنَى نَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَبِيعَ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ أَنْ يَتَوَاجَبَا السِّلْعَةَ فَيَكُونَ الْمُشْتَرِي مُغْتَبِطاً أَوْ غَيْرَ نَادِمٍ فَيَأْتِيَهُ رَجُلٌ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا فَيَعْرِضَ عَلَيْهِ مِثْلَ سِلْعَتِهِ أَوْ خَيْراً مِنْهَا بِأَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ فَيَفْسَخَ بَيْعَ صَاحِبِهِ بِأَنَّ لَهُ الْخِيَارَ قَبْلَ التَّفَرُّقِ فَيَكُونَ هَذَا إِفْسَاداً وَقَدْ عَصَى اللَّهَ إِذَا كَانَ بِالْحَدِيثِ عَالِماً وَالْبَيْعُ فِيهِ لَازِمٌ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

وروى الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ»(٢).

وروى الشافعي عن سفيان عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يَبِعْ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ»(٣).

والمراد بهذا النهي ما وصفه الشافعي: وهو أن يبيع الرجل السلعة ولا يفترقان حتى يأتي رجل آخر فيعرض على المشتري مثل تلك السلعة بأرخص من ثمنها، أو يعرض عليه

(١) أخرجه البخاري ٣/ ٩١ طبعة دار الفكر والطبراني في الكبير ١٠/ ١٦٩ وانظر تعليق التعليق (٧٥٢).
(٢) أخرجه البخاري ٤/ ٣٥٢ حديث (٢١٣٩) ومسلم ٢/ ١٠٣٢ في النكاح حديث (٥٠/ ١٤١٢).
(٣) أخرجه ابن ماجة حديث (١٢٧٢) ومن طريق آخر أخرجه البخاري حديث (٢١٥٠) ومسلم ٣/ ١١٥٥ حديث (١١/ ١٥١٥).

خيراً منها بمثل ثمنها ليفسخ على الأول بيعه. فهذا هو المقصود بالنهي وهو حرام لما فيه من الفساد والإضرار، فإن فعل فقد عصى إن علم بالنهي وبيعه ماض سواء فسخ المشتري بيع الأول أو لم يفسخ.

هذا المعنى أن يشتري الرجل على شراء أخيه.

روي ـ وإن لم أجده مسنداً ـ أن النبي ﷺ نَهَى أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ عَلَى شِرَاءِ أَخِيهِ.

وصورة ذلك: أن يشتري الرجل سلعة ولا يفارق بائعها حتى يأتي رجل ويشتريها من بائعها بأكثر من ذلك الثمن فهو أيضاً حرام لأجل النهي عنه إن كان صحيحاً، ولأنه في معنى ما صح من نهيه عن بيع الرجل على بيع أخيه، ولما فيه من الضرر والفساد بين المتبايعين الأولين.

فإن فعل واشترى فقد أثِم وعصى والشراء جائز لأن فسخ البيع الأول في المجلس جائز.

وفي معنى هذين أن يشتري الرجل سلعة ولا يفارق بائعها حتى يأتي رجل يربح المشتري في ثمنها فهو أيضاً مكروه لأنه يؤدي إلى أن يفسخ البائع على المشتري بيعه طمعاً فيما بذل له من الربح، فصار في معنى بيع الرجل على بيع أخيه وشراء الرجل على شراء أخيه. ولكن لا بأس أن يربحه في ثمنها بعد الافتراق، لأن البيع قد لزم فلا يقدر البائع على فسخ البيع إلا أن يشترطا خيار الثلاث فيمنع هذا الراغب من بذل الزيادة حتى تنقضي مدة الخيار. والله أعلم.

فصل: وقد رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى أَنْ يَسُومَ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ[(١)].

وصورة سوم الرجل على سوم أخيه أن يبذل الرجل في السلعة ثمناً فيأتي آخر فيزيد عليه في ذلك الثمن قبل أن يتواجبا البيع، فإن كان هذا في بيع المزايدة جاز لأن بيع المزايدة موضوع لطلب الزيادة، وأن السوم لا يمنع الناس من الطلب.

وقد رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ قَدَحاً وَحِلْساً فِيمَنْ يَزِيدُ، وَابْتَاعَ ثَوْباً مُزَايَدَةً»[(٢)].

فأما إن لم يكن بيع المزايدة وكان بيع المناجزة فلا يخلو حال بائع السلعة حين بذل له الطالب الأول ذلك الثمن من ثلاثة أحوال: إما أن يقول قد رضيت بهذا الثمن أو يقول لا أبيع بهذا الثمن أو يمسك. فإن قال قد رضيت بهذا الثمن حرم على غيره من الناس أن يسوم عليه

(١) أخرجه مسلم ٣/١١٥٤ في البيوع حديث (٩/١٥١٥) والنسائي ٧/٢٥٥.
(٢) أخرجه أبو داود ٢/٢٩٢ حديث (١٦٤١) والترمذي حديث (١٢١٨) والنسائي ٧/٢٥٩ وابن ماجة حديث (٢١٩٨) وأحمد في المسند ٣/١١٤.

وإن لم ينعقد البيع بينهما لما في ذلك من الفساد وإيقاع العداوة والبغضاء مع النهي الوارد عنه نصاً.

وخالف بيع المزايدة لأن المساوم فيه لا يتعين. ولذلك قال أصحابنا: لو أن رجلاً وكل في بيع عبده في مكان، فباعه الوكيل في غير ذلك المكان صح البيع، ولو وكله في بيعه من رجل وباعه من غير ذلك الرجل لم يصح البيع، لأنه قد يريد ببيعه على ذلك الرجل مسامحته فيه أو تمليكه إياه فلم يكن للوكيل تمليك غيره، وليس كذلك إذا أذن له في بيعه في مكان فباعه في غيره لأنه لا غرض له فيه غير وفور ثمنه فإذا حصل له في غيره صح البيع. كذلك في السوم إن كان في المزايدة لم يحرم لأن الغرض وفور الثمن دون تعيين الملاك، وفي بيع المناجزة قد يكون له غرض في تعيين الملاك.

وأما الحال الثانية وهو أن يكون المالك قال: لست أرضى بما بذلته من الثمن فها هنا لا يحرم على غير الطالب الأول أن يسوم عليه ويجوز لمن شاء أن يساوم في السلعة بمثل ثمنها أو بأكثر منها، لأن عدم الرضا لو منع الغير من طلبها أضر ذلك ببائعها.

وأما الحال الثالثة: وهو أن يمسك المالك فلا يجيب برضا ولا بكراهة فإن كان الإمساك دالاً على الكراهة بما يقترن به من الإمارة لم يحرم السوم. وإن كان دالاً على الرضا ففي تحريم السوم وجهان:

أحدهما: قد حرم سوم تلك السلعة على غير الأول لأن سكوت الراضي كنطقه.

والثاني: أن سومها جائز ما لم يصرح المالك بالرضا والإجابة، لأن الإمساك كناية فلم تقم مقام اللفظ الصريح إلا فيما خصه الشرع من إذن البكر. وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوليه في خطبة الزوج إذا أمسك الولي من غير تصريح بالإجابة والرد. والله أعلم.

مسألة: (**قَال المزني**) وَكَذَلِكَ الْمُدَلِّسُ عَصَى اللَّهَ بِهِ وَالْبَيْعُ فِيهِ لَازِمٌ وَكَذَلِكَ الثَّمَنُ حَلَالٌ (قال الشافعي) الثَّمَنُ حَرَامٌ عَلَى الْمُدَلِّسِ.

يريد بذلك أن التدليس حرام والثمن حلال لأن البيع فيه لازم كما أن بيع الرجل على بيع أخيه حرام والثمن فيه حلال، فيقال له: قد ذكرنا في باب المرابحة أن مراد الشافعي ما ذكرته وإن أطلق القول.

وقد كان أبو علي بن أبي هريرة يقول: إن ثمن التدليس حرام لا ثمن البيع. ألا ترى أن المبيع إذا فات رجع على البائع بأرش عيب التدليس فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق.

بَابُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ وَالنَّهْيِ عَنْ تَلَقِّي السِّلَعِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنِ ابْنِ الْمُسَيَّبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «لاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ»[1] وَزَادَ غَيْرُ الزُّهْرِيِّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»[2] (قال) فَإِنْ بَاعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ فَهُوَ عَاصٍ إِذَا كَانَ عَالِماً بِالْحَدِيثِ وَلَمْ يَفْسَخْ لأَنَّ فِي قَوْلِهِ ﷺ «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ» يَتَبَيَّنُ أَنَّ عقْدَةَ الْبَيْعِ جَائِزَةٌ وَلَوْ كَانَتْ مَفْسُوخَةً لَمْ يَكُنْ بَيْعُ حَاضِرٍ لِبَادٍ يَمْنَعُ الْمُشْتَرِيَ شَيْئاً مِنْ فَضْلِ الْبَيْعِ وَإِنَّمَا كَانَ أَهْلُ الْبَوَادِي إِذَا قَدِمُوا بِسِلَعِهِمْ يَبِيعُونَهَا بِسُوقِ يَوْمَهُمْ لِلْمؤْنَةِ عَلَيْهِمْ فِي حَبْسِهَا وَاحْتِبَاسِهِمْ عَلَيْهَا وَلاَ يَعْرِفُ مِنْ قِلَّةِ سِلْعَتِهِ وَحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا مَا يَعْلَمُ الْحَاضِرُ فَيُصِيبُ النَّاسُ مِنْ بُيُوعِهِمْ رِزْقاً وَإِذَا تَوَكَّلَ لَهُمْ أَهْلُ الْقَرْيَةِ الْمُقِيمُونَ تَرَبَّصُوا بِهَا لأَنَّهُ لاَ مُؤْنَةَ عَلَيْهِمْ فِي الْمُقَامِ بِهَا فَلَمْ يُصِبِ النَّاسَ مَا يَكُونُ فِي بَيْعِ أَهْلِ الْبَادِيَةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

وقد روى الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ[3].

وروى الشافعي عن سفيان عن أبي الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال: «لاَ يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ، دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»[4].

فكان أنس بن مالك وطائفة من أهل الظاهر يحملون الحديث على ظاهره ويمنعون أن يبيع حاضر لباد بكل حال وأن يشتري له.

ومنع آخرون من البيع دون الشراء. وذهب آخرون إلى أن هذا الحديث متروك وأن العمل به منسوخ وأنه يجوز للحاضر أن يبيع للبادي بكل حال. وكلا المذهبين غير صحيح،

---

(١) أخرجه البخاري ٢١٣/٤ (٢١٤٠) كتاب البيوع ومسلم ١٠٣٣/٢ كتاب النكاح (٥٢ ـ ١٤١٣).
(٢) أخرجه مسلم ١١٥٧/٣ (١٥٢٢/٢٠) وأبو داود ٢٧٠/٣ (٣٤٤٢).
(٣) أخرجه الشافعي في المسند ١٤٦/٢ (٤٩٧).
(٤) أخرجه الشافعي في المصدر السابق (٤٩٨).

وللحديث سبب محمول عليه وهو ما ذكره الشافعي وبينه من أن أهل البادية كانوا يجلبون السلع فيبيعونها بسعر يومهم لما يلحقهم من المؤونة في حبسها والمقام عليها فيشتريها أهل المدينة ويصيبون من أثمانها فضلاً إذا أمسكوها، فعمد قوم من سماسرة الأسواق فتربصوا للبادية بأمتعتهم حتى إذا انقطع الجَلَب باعوها لهم بأوفر الأثمان فشكى ذلك إلى رسول الله ﷺ أو بلغه ذلك من غير شكوى فَنَهَى عَنْ ذَلِكَ وَقَالَ لا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ.

فإما أن يكون الحديث محمولاً على ظاهره كما قال أنس ومن تابعه فلا، لما في استعمال النهي لو عم من الإضرار بأهل البادية إذا امتنع أهل الحضر من بيع أمتعتهم، وإضرار الحاضر من انقطاع الجَلَب من البادية فيفضي إلى الإضرار بالفريقين جميعاً.

فإن قيل فقد روى سالم المكي أن أعرابياً حدثه أنه أقدم بجارية على عهد رسول الله ﷺ فنزل على طلحة بن عبيد الله فقال: إنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَكِنْ اذْهَبْ إِلَى السُّوقِ فَانْظُرْ مَنْ يُبَايِعُكَ فَشَاوِرْنِي حَتَّى آمُرَكَ وَأَنْهَاكَ[1].

قالوا: فدل ذلك من طلحة على عموم النهي. قيل قد يحتمل أن يكون طلحة رضي الله عنه لم يقف على السبب المنقول وسمع النهي المطلق فحمله على ظاهره أو يكون أحب أن يتولى ذلك بنفسه فوكله إلى غيره. ألا ترى أنه أرشده إلى السوق، ومعلوم أن من يتولى بيعها له في السوق حاضر أيضاً..

وأما من ترك الحديث وجعله مفسوخاً فهو تارك لسنة بغير حجة والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت أن النهي محمول على السبب المذكور فهو مختص بأربعة شرائط:

أحدها: أن لايكون للبدوي عزم على المقام..

والثاني: أن يريد بيعها في الحال ولا يريد التأخير والانتظار.

والثالث: أن يبدأه الحضري فيشير عليه بترك السلعة من غير أن يكون للبدوي في ذلك رأي.

والرابع: أن يكون البلد لطيفاً يضر بأهله حبس ذلك المتاع عنهم.

فإذا اجتمعت هذه الشروط الأربعة تعين النهي وحرم البيع.

فإذا خالف الحضري النهي وباع المتاع كان البيع جائزاً وهو بالنهي عاص إن كان بالحديث عالماً.

وإنما صح البيع لأن النهي لمعنى في العاقد دون المعقود عليه ولأن النبي ﷺ قال:

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/ ٢٩١ كتاب البيوع (٣٤٤١).

«دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»، ولو بطل البيع لامتنع الرزق فأما إن عـدمت هذه الشروط أو بعضها:

فإن عدم الشرط الأول: فإن كان للبدوي عزم على المقام لم يحـرم على الحضري أن يبيع له لأن البدوي قد كان يحبس متاعه بمقامه لو لم يحبسه الحاضر له.

وإن عدم الشرط الثاني وأراد البدوي تأخير متاعه والانتـظار به لم يحـرم على الحاضـر أن يبيـع له لأن الحـاضر لا صنـع له في الحبس، ولأن البـدوي لو لم يمكن من ذلـك لقـطع الجلب.

وإن عدم الشرط الثالث فكان البدوي هو الذي سأل الحاضر فعل ذلك لم يحـرم على الحاضر متاعه لما ذكرنا.

وإن عدم الشرط الرابع وكان البلد واسعاً ففيه وجهان:

أحدهما: يحرم بيعه على الحاضر لعموم النهي.

والثاني: لايحرم لأن حبس الحاضر له وتأخير بيعه لا يضـر بالنـاس ولا يمنعهم الرزق ولا فرق في النهي المذكور بين البادية وبين الأكراد في جلب الأمتعة وبين سائـر أهل السـواد والرُّستاق وأهـل البحار في أن النهي يعم جميعهم في تـربص أهل الحضـر بأمتعتهم. (والله أعلم بالصواب).

مسـألة: وَقَـالَ النَّبِيُّ ﷺ «لاَتَتَلَقَّوَا الـرُّكْبَانَ لِلْبَيْـعِ» (قال الشـافعي) وَسَمِعْتُ فِي هَـذَا الْحَدِيثِ «فَمَنْ تَلَقَّاهَا فَصَاحِبُ السِّلْعَةِ بِالْخِيَـارِ بَعْدَ أَنْ يَقْـدُمَ السّوقَ» (قـال) وَبِهَذَا نَـأْخُذُ إِنْ كَانَ ثَابِتاً وَهَذَا دَلِيلُ أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ غَيْرَ أَنَّ لِصَاحِبِهَا الْخِيَارَ بَعْدَ قُدُومِ السُّـوقِ لأَنَّ شِرَاءَهَـا مِنَ الْبَدَوِيِّ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ إِلَى مَوْضِعِ الْمُتَسَاوِمَيْنِ مِنَ الْغَرَرِ بِوَجْهِ النَّقْصِ مِنَ الثَّمَنِ فَلَهُ الْخِيَارُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. والأصل فيه رواية الشـافعي عن مالـك عن أبي الزنـاد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ تَلَقُّوا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ»[1].

قال الماوردي: روى الشافعي عن عبد الحميد عن ابن جريج عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: لاَ تَلَقُّوا الْجَلَبَ فَمَنْ تَلَقَّاهُ فَاشْتَرَى مِنْهُ شَيْئاً فَإِذَا أَتَى بَائِعُهُ السُّوقَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ[2].

فعلى هـذان الخبران على المنـع من تلقي الركبـان لابتياع أمتعتهم قبـل قـدوم البلد.

---

(١) أخـرجـه البخـاري ٣٦١/٤ كتـاب البيـوع (٢١٥٠) ومسلم ١١٥٥/٣ كتـاب البيـوع (١١ ـ ١٥١٥) والشافعي في المسند ١٤٧/٢ (٤٩٩).

(٢) أخرجه مسلم ١١٥٧/٣ كتـاب البيوع (١٧ ـ ١٥١٩) وأبـو داود (٣٤٣٧) والترمـذي (١٢٢١) والنسائي ٢٥٧/٧ وابن ماجة (٢١٧٨).

فاختلف أصحابنا في المعنى الذي لأجله نهى النبي ﷺ عن ذلك ومنع منه. فقال جمهورهم: إن المعنى فيه أن قوماً بالمدينة كانوا يتلقون الركبان إذا وردت بالأمتعة فيخبرونهم برخص الأمتعة وكسادها ويبتاعونها منهم بتلك الأسعار، فإذا ورد أرباب الأمتعة المدينة شاهدوا زيادة الأسعار وكذب من تلقاهم بالأخبار، فيؤدي ذلك إلى انقطاع الركبان وعدولهم بالأمتعة إلى غيرها من البلدان فنهى النبي ﷺ عن تلقيهم نظراً لهم، ولما في ذلك من الخديعة المجانبة للدين، كما نهى أن يبيع حاضر لباد نظراً لأهل البلد لتعم المصلحة بالفريقين بالنظر لهما.

وقال آخرون: بل المعنى في النهي عن تلقيهم أن من كان يبتاعها منهم يحملها إلى منزله ويتربص بها زيادة السعر، فلا يتسع على أهل المدينة ولا ينالون نقصاً من رخصها فنهى النبي ﷺ عن تَلَقِّي الرُّكْبَانِ لِلْبَيْعِ حَتَّى تَرِدَ أَمْتِعَتُهُمُ السُّوقَ فَتَجْتَمِعَ فِيهِ وَتَرْخُصَ الأَسْعَارُ بِكَثْرَتِهَا فَيَنَالَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ نَفْعاً بِرُخْصِهَا، فيكون هذا النهي نظراً لأهل المدينة أيضاً كما نهى أن يبيع حاضر لباد نظراً لأهل المدينة والله أعلم.

فصل: وإذا صح ما ذكرنا معنى النهي فتلقى قوم الركبان قبل ورود البلد فابتاعوا أمتعتهم، ثم ورد أرباب الأمتعة وباعتها البلد فإذا أغبنهم فلهم الخيار في إمضاء بيعهم الماضي أو فسخه لقول الرسول ﷺ: فَإِذَا أَتَى بَائِعُهُ السُّوْقَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ.

واستدرك بالفسخ إزالة ماورد النهي عنه.

ثم اختلف أصحابنا في هذا الخيار على وجهين:

أحدهما: أنه خيار عيب وهذا قول من زعم أن معنى النهي عن تلقيهم ما يلحقهم من الغبن باسترخاص أمتعتهم، فعلى هذا لو لم يغبنوا في بيعها وأخبروا بالأسعار على صدقها وكان سعر العسل بالبلد عشرة أمناء بدينار فأخبروهم أن سعره كذلك فلا خيار لهم لأنهم لم يلحقهم غبن في بيعهم، وإنما يثبت لهم الخيار إذا أخبروهم والسعر عشرة أمناء بدينار وأنه يساوي أحد عشر مناً بدينار فيكونوا بالخيار لأجل الغبن.

والثاني: لهم الخيار اعتباراً بوجوبه في ابتداء الحال.

ثم يكون هذا الخيار مستحقاً على الفور لأنه خيار عيب، فمتى أمكنهم الفسخ بعد قدوم البلد فلم يفسخوا سقط.

والوجه الثاني: في الأصل أن هذا الخير خيار شرع، وهذا قول من زعم أن معنى النهي عن تلقي الركبان أن تجتمع الأمتعة في البلد فترخص على أهله، فعلى هذا ثبت الخيار لأرباب الأمتعة سواء غبنوا في بيعها أم لا، صدقوهم في الأسعار أم كذبوهم.

وفي زمان الخيار على هذا وجهان:

أحدهما: أنه على الفور كالعيب فإن ترك الفسخ مع الإمكان سقط.

والثاني: أنه ممتد إلى ثلاثة أيام كالمُصَرَّاة.

فلو ورد أرباب الأمتعة البلد فتلقاهم قوم قبل حصولهم في السوق ومعرفتهم بالأسعار فابتاعوا أمتعتهم وكذبوهم في أسعارها فلا خيار لأرباب الأمتعة في الفسخ. لأنهم قد كانوا قادرين على تعرف الأسعار من غيرهم ولأن أهل البلد قد شاهدوا حصول أمتعتهم فلو خرج قوم عن البلد لحاجة لهم ولم يقصدوا تلقي الركبان، فوجدوا الركبان قد أقبلت بالأمتعة فأرادوا أن يبتاعوا منهم شيئاً منها من غير كذب في إخبارهم بأسعارها ففي إباحة ذلك لهم وجهان:

أحدهما: أن ذلك مباح لهم. وهذا قول من زعم أن معنى النهي ما يلحق أرباب الأمتعة من الاسترخاص من أصحاب الركبان من الغبن.

والثاني: أنه لا يباح لهم وهذا قول من زعم أن علة النهي حصول الأمتعة أن ذلك محظور عليهم وهذا قول من زعم أن معنى النهي عن تلقيهم كثرة الأمتعة في البلد ليرخص على أهله، والله وأعلم..

بَابُ النَّهْيِ عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ وَعَنْ سَلَفٍ جَرَّ مَنْفَعَةً وَتَأْخِيرِ الْحَق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ»[1] (قال الشافعي) وَذَلِكَ أَنَّ مِنْ سُنَّتِهِ ﷺ أَنْ تَكُونَ الأثمانُ مَعْلُومَةً وَالْبَيْعُ مَعْلُومٌ فَلَمَّا كُنْتُ إِذَا اشْتَرَيْتُ مِنْكَ داراً بِمِائَةٍ عَلَى أَنْ أُسَلِّفَكَ مَائَةً كُنْتُ لَمْ أَشْتَرِهَا بِمَائَةٍ مُفْرَدَةٍ وَلاَ بِمَائَتَيْنِ وَالْمَائَةُ السَّلَفُ عَارِيَّة لَهُ بِهَا مَنْفَعَةٌ مَجْهُولَةٌ وَصَارَ الثَّمَنُ غَيْرَ مَعْلُومٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح روى الحجازيون أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ، وَرَوَى الْعِرَاقِيُّونَ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَقَرْضٍ وَالسَّلَفُ هُوَ الْقَرْضُ بِلُغَةِ أَهْلِ الْحِجَازِ. فاحتمل أن يكونا خبرين قالهما النبيُّ ﷺ بلغتين في وقتين، واحتمل أن يكون خبراً واحداً رواه الحجازيون بلغتهم ورواه العراقيون بلغتهم، ومثل هذا يجوز الرواية إذا كان معنى اللفظ جلياً والاحتمال عنه منتفياً.

وليس هذا الخبر محمولاً على ظاهره لأن البيع بانفراده جائز، والقرض بانفراده جائز واجتماعهما معاً من غير شرط جائز وإنما المراد بالنهي بيع شرط فيه قرض. وصورته: أن يقول قد بعتك عبدي هذا بمائة على أن تقرضني مائة، وهذا بيع باطل وقرض باطل لأمور منها: نهي النبيّ ﷺ عنه.

ومنها نَهْيُهُ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ[2]. ومنها نَهْيُهُ عَنْ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً[3]

وما ذكره الشافعي من المعني المفضي إلى جهالة الثمن، وذاك أن البائع إذا شرط لنفسه قرضاً صار بائعاً سلعته بالثمن المذكور وبمنفعة القرض المشروط فلما لم يلزم الشرط سقطت منفعته من الثمن، والمنفعة مجهولة، فإذا سقطت من الثمن أفضت إلى جهالة نافية وجهالة الثمن مبطلة للعقد.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٤) والترمذي (١٢٣٤) والبيهقي في السنن الكبرى ٣٣٦/٥ والطحاوي في معاني الآثار ٤٦/٤ والطيالسي في المسند ص ٢٩٨ (٢٢٥٧) وأحمد في المسند ١٧٨/٢ والربيع بن حبيب في مسنده ٤١/٢.

(٢) ضعيف رواه عبدالوارث بن سعيد عن أبي حنيفة عن عمرو به، وأخرجه الحاكم في معرفة علوم الحديث في النوع التاسع والعشرين ص ١٢٨ والخطابي في المعالم ١٤٥/٥ وابن حزم في المحلى ٤١٥/٨ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ٨٥/٦ وانظر نصب الراية ١٨/٤.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى بإسناد صحيح ٣٥٠/٥ - ٣٥١ وذكره ابن حجر في المطالب العالية (١٣٧٣) والسيوطي في الدر المنثور ٣٥٠/٥.

وعلى هذا المعنى لايجوز شراء وقرض، وهو أن يقول: قد اشتريت عبدك هذا بمائة على أن تقرضني مائة، فهذا شرط باطل وقرض باطل لما ذكرنا من المعنى. وكذا لا تجوز الإجازة بشرط القرض.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ خَيْرَ فِي أَنْ يُسَلِّفَهُ مَائَةً عَلَى أَنْ يُقْبِضَهُ خَيْراً مِنْهَا وَلاَ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ إِيَّاهَا فِي بَلَدٍ كَذَا، وَلَوْ أَسْلَفَهُ ايَّاهَا بِلاَ شَرْطٍ فَلاَ بَأْسَ أَنْ يَشْكُرَهُ فَيَقْضِيَهُ خَيْراً مِنْهَا».

قال الماوردي: وهذا صحيح أما القرض فإنما سمي قرضاً لأن المقرض يقطع قطعة من ماله فيدفعها إلى المقترض. والقطع في كلامهم هو القرض فلذلك قيل: ثوب مقروض أي مقطوع، وسمي المقراض مقراضاً لأنه يقطع.

والقرض معونة وإرفاق، والدليل على جوازه وإباحته: ما روى عطاء عن أبي رافع أن النبي ﷺ اقْتَرَضَ مِنْ رَجُلٍ بِكْراً فَرَدَّ رَبَاعِيّاً وَقَالَ: خِيَارُ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً[1]. وروى إسماعيل بن إبراهيم بن عبد الله بن أبي ربيعة عن أبيه عن جده قال: اسْتَقْرَضَ مِنِّي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَرْبَعِينَ أَلْفاً ثُمَّ أَتَى بِمَالٍ فَقَالَ: ادْعُوا لِي ابْنَ أَبِي رَبِيعَةَ فَقَالَ: هَذَا مَالُكَ فَبَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي مَالِكَ وَوَلَدِكَ إِنَّمَا جَزَاءَ السَّلَفِ الْحَمْدُ وَالْوَفَاءُ[2]

وَرُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اقْتَرَضَ مِنْ رَجُلٍ صَاعاً فَرَدَّ عَلَيهِ صَاعَيْنِ [3]. وَرُوِيَ عَنْهُ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً. فدل على جوازه إذا لم يجر منفعة.

فإذا ثبت جواز القرض فهو إنما يجوز في الأموال المنقولة، فأما مالاينقل من الدور والعقار والضياع فلا يجوز قرضها اعتباراً بالعرف فيها، وإن العادة جارية بإعارتها، وإن ثبوتها في الذمم لا يصح. فأما الأموال المنقولة فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: ما كان له مثل كالدراهم والدنانير والبر والشعير وما جرى مجراه فقرض هذا يصح وهو مضمون على مقترضه بمثله وصفته وقدره.

والضرب الثاني: ما لامثل له ولكن يضبط بالصفة كالثياب والحيوان فقرض ذلك جائز إلا الجواري فإن قرضهن لا يجوز على ماسنذكره، وبماذا يصير هذا الضرب مضموناً على مقترضه على وجهين:

أحدهما: أنه مضمون عليه بقيمته كالمغصوب إذا لم يكن له مثل.

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١٢٢٤ كتاب المساقاة (١١٨ ـ ١٦٠٠) وأبو داود ٣/٢٤٧ كتاب البيوع والترمذي في الجامع (٦٠٠) وقال: حسن صحيح وابن ماجة ٢/٧٦٧ وأحمد في المسند ٦/٣٩٠.

(٢) أخرجه النسائي ٧/٣١٤ وابن ماجة ٢/٨٠٩ (٢٤٢٤).

(٣) أخرجه عبدالرزاق في المصنف بنحوه (١٤٦٥٦) والبيهقي في السنن الكبرى ٥/٣٥١.

والوجه الثاني: وهو ظاهر المذهب أنه مضمون بالمثل لأنه يصح ثبوته في الذمة إذا وصف، ولأن النبي ﷺ اقْتَرَضَ حَيَوَاناً فَرَدَّ حَيَوَناً(١).

ولأن القرض إرفاق ومعونة فباين حكم المغصوب بالمفاضلة.

والضرب الثالث: ما لا مثل له ولا يضبط بالصفة كاللؤلؤ والجوهر والمعجونات من طيب أو دواء والخبز والبر المختلط بالشعير فهذا وما جرى مجراه في جواز قرضه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب البصريين أن قرضه باطل لأنه لا يضبط بمثل ولا صفة فلم يصح استقراره في الذمة كالسلم.

فتكون العلة فيما يصح قرضه على مذهب البصريين أنه يصح فيه السلم، وما لا يصح قرضه هو ما لا يصح فيه المسلم.

والوجه الثاني: وهو مذهب البغداديين أن قرضه جائز لأن بيعه جائز، وجعلوا العلة فيما يجوز قرضه أنه يجوز بيعه، ويكون مضموناً على مقترضه بالقيمة وجهاً واحداً.

وفي اعتبار زمان ما ضمن من القرض بالقيمة وجهان:

أحدهما: أن قيمته معتبرة وقت قبضه. وهذا قول من زعم أن القرض يملك بالقبض.

والوجه الثاني: أنه يضمن قيمته أكثر ما كان قيمة من حين قبض إلى حين تصرف. وهذا قول من يزعم أن القرض يملك بالتصرف.

فصل: فأما الحيوان فإن أبا حنيفة منع من جواز قرضه بناء على أصله في أن السلف فيه لا يجوز.

والدلالة على جواز قرضه مع ما يدل عليه من جواز السلم فيه حديث أبي رافع أن النبي ﷺ اقْتَرَضَ مِنْ رَجُلٍ بِكْراً وَرَدَّ عَلَيهِ جَمَلاً رُبَاعِياً.

ولأن كل عين صح أن تثبت في الذمة صداقاً صح أن تثبت في الذمة قرضاً وسلماً كالثياب. ولأن كل ما جاز للإمام أن يقترضه للمساكين جاز لغيره أن يقترضه لنفسه كالدراهم والدنانير، فإن أبا حنيفة يجوز للوالي أن يقرض الحيوان للمساكين. والله أعلم.

فصل: وأما الجواري فإن المزني وداود وابن جرير الطبري يجيزون قرضهن كما يجوز السلم فيهن.

وهذا خطأ لأن ملك القرض غير مستقر لأن للمقرض استرجاعه وللمقترض رده والوطء لا يجوز إلا في ملك تام، لأن لا يصير الإنسان مستبيحاً للوطء بغير بدل وليس هذا كالأب إذا وهب جارية لولده في جواز الهبة مع جواز استرجاع الأب لها، لأن ملك الأب قد انقطع بالهبة وإنما يستحدث ملكها بالاسترجاع.

---

(١) أخرجه الترمذي بمعناه (١٣١٦).

ولأن الوطء منفعة لا تستباح بالعارية فوجب أن لا تستباح بالقرض كالحرة.

فإذا صح ما ذكرنا فلا يخلو حال الجارية من أحد أمرين:

إما أن تكون ممن يستبيح المقترض وطأها. أو ممن لا يستبيح وطأها فإن كانت ممن يستبيح وطأها في الحال أو في ثاني الحال عند إحلال من إحرام أو إسلام من ردة أو خروج من عدة لم يجز قرضها لما ذكرنا من المعنى.

ولا يصح ما ذهب إليه المزني من تأويل كلام الشافعي في جواز قرضهن أن يكون قولاً ثانياً كما وهم بعض المتأخرين من أصحابنا.

بل منصوصات الشافعي رحمه الله كلها دالة على تحريم قرضهن.

وإن كانت ممن لا يستبيح المقترض وطأها إما لكونها ذات محرم، وإما لأن المقترض امرأة ففي جواز قرضها وجهان:

أحدهما: وهو قول البغداديين أن قرضها إذا حَرُمَ وطؤها جائز اعتباراً بالمعنى وأنه قرض لا يفضي إلى استباحة الوطء فجرى مجرى قرض العبيد.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين أن قرض من حَرُمَ وطؤها لا يجوز كما أن قرض من حل وطؤها لا يجوز، لأنهن يصرن جنساً لا يجوز قرضه، ولأن ما لا يجوز قرضه من شخص لا يجوز قرضه من غيره كالمباحة والله أعلمً.

فصل: فإذا ثبت جواز قرض ما ذكرنا فقد اختلف أصحابنا بماذا يملك القرض على وجهين:

أحدهما: يملك بالقبض كالهبة، ولأنه لما جاز للمقترض بالقبض أن يتصرف فيه من كل وجه دل على حصول الملك.

والوجه الثاني: أنه يملك بالتصرف بعد القبض لأنه عقد إرفاق للمقرض بعد القبض استرجاعه وللمقترض رده. فدل على أنه لم يحصل له ملكه.

فإذا تقرر هذان الوجهان فللمقرض مع بقاء القرض في يد المقترض أن يسترجعه سواء تصرف فيه أو لم يتصرف، وليس للمقترض أن يمنعه من استرجاع عينه بإعطاء بدله، لأن كل عين استحقت فاسترجاعها مع بقائها أولى من استرجاع بدلها.

فلو كان القرض قد خرج عن يد المقترض ببيع أو هبة كان للمقرض أن يطالبه ببدله فإن كان ذا مثل فمثله، وإن كان غير ذي مثل ففي أحد الوجهين بقيمته، ولا يلزم المقترض أن يسترجع العين التي ملكت عليه ليردها على المقرض بعينها، لأن من صارت إليه لا يلزمه رفع يده عنها ولا إزالة ملكه.

فلو عادت إلى ملك المقترض بعد خروجها منه بابتياع أو هبة أو ميراث فهل للمقرض الرجوع بعينها أو ببدلها على وجهين:

أحدهما: يرجع بعينها لأنها عين ما اقترض فلم يلزم أن يعدل عنها إلى البدل.

والوجه الثاني: أنه ليس لـه استرجاع عينها إلا برضا المقترض ويرجع إلى بدلها لسقوط ذلك بخروجها عن يده وعودها باستحداث ملك آخر. فلو أن المقترض رهن ما اقترضه لم يكن للمقرض أن يرجع بعينه لتعلق حق المرتهن به ويرجع عليه ببدله. فلو فكه من الرهن قبل الرجوع ببدله كان للمقرض إن يرجع بعينه دون بدله لأنه قد كان على ملك المقترض لم يزل عنه بالرهن.

فلو كان المقترض قد أجره كان للمقرض أن يرجع به، لأنه مع الإجارة باق على ملكه، والإجارة على حالها لا تبطل برجوع المقرض، والأجرة للمقترض لأن عقد الإجارة في ملكه، فإن أراد المقرض أن يرجع ببدله كان ذلك له لأن إجارته بعض لا يلزمه الرضا به.

فلو كان القرض في يد المقترض فحدث به عيب عنده: فإن كان القرض مما يستحق الرجوع بمثله كان المقرض بالخيار بين أن يرجع بعين ما أقرض معيباً ولا أرش له وبين أن يرجع بمثله سليماً، وخالف المغصوب الذي لا يجوز الانتقال عن عينه مع وجوده لأن الغصب لا يزيل الملك والقرض يزيله، وإن كان القرض مما يستحق الرجوع بقيمته كان له أن يرجع بالقرض معيباً وبأرش عيبه.

والفرق بينهما: أن ما له مثل فليس للقيمة فيه مدخل فكذلك الأرش، وما لا مثل له لما وجبت قيمته دخله الأرش.

فصل: ولصحة القرض فيما يجوز قرضه ثلاثة شروط معتبرة.

فأما الشرط الأول: فهو إطلاق القرض حالاً من غير أجل مشروط فيه، فإن شرط فيه أجلاً وقال: قد أقرضتك مائة درهم إلى شهر لم يجز.

وقال مالك يجوز القرض مؤجلاً ويلزم فيه الأجل ولا يجوز للمقرض المطالبة به قبل أجله.

وحكي نحوه عن علي وابن عباس.

وكان بعض أصحابنا يغلط فيذهب إلى جوازه ويتناول كلاماً للشافعي في كتاب السلف أنه قال: وإن وجد الحاكم من يسلفه المال حالاً لم يجعله أمانه. .

وإن دليل هذا الكلام جواز القرض مؤجلاً. وهذا تأويل فاسد لأن الشافعي أجاز ذلك للحاكم، وإن كان يرى تأجيل القرض على مذهب من يجيزه لأن أموال اليتامى لا يجري نظر الحاكم فيها مجرى نظر المالكين. وإن كان مذهبه لم يختلف في حظر تأجيل القرض. واستدل من إلى ذهب جواز تأجيله بقوله ﷺ: الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ. ولأن حقوق المراضاة إذا صح ثبوتها في الذمة معجلاً صح ثبوتها في الذمة مؤجلاً كالأثمان.

وهذا خطأ لقوله ﷺ: كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَلَوْ كَانَ مَائَةَ شَرْطٍ. فأثبت أحكام الشروط إذا جاء النص بها ودل الكتاب عليها. ولأن ما منع من التفاضل منه منع من دخول الأجل فيه كالصرف.

ولأن من حكم القرض أن يملك كل واحد منهما به مثل ملك صاحبه، فلما كان المقترض قد ملك القرض معجلاً وجب أن يكون المقرض قد ملك بدله معجلاً. وأما الخبر الذي استدلوا به فمخصوص بخبرنا. وأما قياسهم على الأثمان فمنتقض بالصرف، ثم المعنى في الأثمان أنه لما جاز الزيادة فيها صح دخول الأجل فيها، والقرض لما لم تجز الزيادة فيه لم يصح دخول الأجل فيه. فإذا صح أن تأجيل القرض لا يجوز فقد اختلف أصحابنا هل يبطل القرض باشتراط الأجل فيه؟ على وجهين:

أحدهما: قد بطل القرض لاشتراط ما ينافيه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن القرض صحيح لأن الأجل وإن كان غير لازم فتأخيره من غير شرط جائز فلم يتنافيا والله أعلم.

فصل وأما الشرط الثاني: فهو أن لا يشترط المقرض على المقترض نفعاً زائداً على ما اقترض لنهي النبي ﷺ عن قرض جر منفعة.

فإن شرط زيادة على القرض فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون القرض مما يدخله الربا كالذهب والفضة والبر والشعير، فمتى شرط فيه زيادة لم يجز وكان القرض باطلاً سواء كانت الزيادة في القدر كقوله قد أقرضتك هذه المائة بمائة وعشرة، أو كانت الزيادة في الصفة كقوله: قد أقرضتك هذه المائة العلة بمائة صحاح، أو كانت الزيادة في المنفعة كقوله: قد أقرضتك هذه المائة على أن تخد مني شهراً أو على أن تكتب لي بها سَفْتَجَة إلى بلد كذا، لأن هذا نفع يعود عليه لما سقط عنه من خطر الطريق فالقرض في هذا كله باطل لأمرين: .

أحدهما: أنه قَرْضٌ جَرَّ مَنْفَعَةً وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْهُ.

والثاني: أن ثبوت الربا فيه بهذا الوجه يمنع منه.

والضرب الثاني: أن يكون القرض مما لا رباً فيه كالثياب والحيوان فإن كان ما شرط من الزيادة لا يتعلق بنفس القرض كقوله: على أن تخدمني شهراً لم يجز وكان قرضاً باطلاً لأن القرض ليس بلازم والاستخدام لوضح شرط لازم فتنافياً.

وإن كانت الزيادة تتعلق بنفس القرض إما في قدره كقوله: قد أقرضتك هذا الثوب بثوبين أو هذا العبد بعبدين، أو في صفة كقوله: قد أقرضتك هذا الثوب الهروي بثوب مروي ففي صحة القرض وجهان:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا أنه قرض باطل لأنَّه قَرْضٌ جَرَّ مَنْفَعَةً وَقَدْ نَهى النَّبِيُّ ﷺ عنه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وأبي حامد المَرْوَرُوذي أنه جائز لأنه لما جاز مثل هذا في البيع وإن لم يجز مثله في القرض انصرف عن حكم القرض إلى المبيع فصار بيعاً بلفظ القرض.

وهذا القول واضح الفساد لأنه يقتضي نقل القرض المقصود إلى بيع ليس بمقصود ولكن لو أن المقترض رد زيادة على المقرض من غير شرط جاز وكان محسناً لأن النبي ﷺ رَدَّ مَكَانَ بِكْرٍ رُبَاعِياً وَقَالَ خِيَارُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً.

وَرَدَّ مَكَانَ صَاعٍ صَاعَيْنِ. لكن إن كانت الزيادة في الصفة كالصحاح مكان الغلة أو الطعام الحديث مكان العتيق لزم المقرض قبولها. وإن كانت الزيادة في القدر كالصاعين مكان الصاع والدرهمين مكان الدرهم فهي هبة لايلزم المقرض قبولها إلا باختياره فهذا الكلام في الشرط إذا كان زائداً. فأما الشروط الناقصة كأن أقرضه صحاحاً ليرد مكانها غلة، أو طعاماً حديثاً ليرد مكانه عتيقاً فالشرط باطل. وفي بطلان القرض به وجهان كالأجل. وكذلك كل شرط ناقص. والفرق بين الشروط الزائدة في بطلان القرض بها وبين الشروط الناقصة في صحة القرض على أحد الوجهين مع ما نذكر من الفرق في الرهن وبين الشروط الزائدة فيه والشروط الناقصة منه فأما شرط الرهن والضمين في القرض فهو جائز وليس من هذين النوعين وإنما هو استيثاق فيه.

ثم لا يخلو حال القرض الذي شرط فيه الضمين والرهن من أن يكون المستحق فيه المثل أو القيمة فإن كان المستحق فيه المثل جاز شرط الرهن فيه والضمين.

وإن كان المستحق فيه القيمة ففي صحة شرط الرهن والضمين فيه وجهان:

أحدهما: لايصح شرط الرهن والضمين فيه وهذا قول من زعم أن قيمة القرض معتبرة بأكثر أحواله من حين القبض إلى حين التصرف، فلا يصح أخذ الرهن والضمين فيه للجهالة بقيمته.

والوجه الثاني: أنه يصح أخذ الرهن والضمين فيه، وهذاعلى قول من زعم أن قيمته معتبرة وقت القبض، فعلى هذا إن علما قدر قيمته عند شرطه ووقت قبضه جاز أخذ الرهن فيه والضمين، وإن جهلا أو أحدهما لم يجز. والله أعلم.

فصل: وأما الشرط الثالث فهو أن يكون القرض معلوماً، والعلم به معتبر باختلاف حاله فإن كان مما يستحق الرجوع بقيمته فالعلم به يكون بمعرفة قيمته ولا اعتبار بمعرفة قدره ولا صفته إذا صارت القيمة معلومة لاستحقاق الرجوع بها دون غيرها وإن كان مما يستحق الرجوع بمثله فالعلم به يكون من وجهين:

أحدهما: معرفة قدره.

والثاني: معرفة صفته فتنتفي الجهالة عند المطالبة. فأما الصفة فمعتبرة بحسب اعتبارها في السلم.

وأما القدر فيكون بالوزن إن كان موزوناً وبالكيل إن كان مكيلاً والذرع والعدد إن كان مذروعاً أو معدوداً.

فلو كان القرض مكيلاً فأقرضه إياه وزناً جاز إن لم يكن فيه الربا لأنه يصير به معلوماً به.

وإن كان فيه الربا فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجوز خوف الربا كالبيع.

والثاني: يجوز وبه قال أبو حامد المروذي لأن القرض عقد إرفاق وتوسعة لا يراعى فيه ما يراعى في عقود المعاوضة. ألا ترى لو رد زيادة على ما اقترض من غير شرط جاز وإن لم يكن ربا محرماً.

ولو كان القرض موزونا فأقرضه إياه كيلاً، فإن كان مما لا ينحصر بالكيل كالقطن والكتان والصُّفْر والنحاس لم يجز لأن الجهالة لم تنتف عنه. وإن كان مما ينحصر بالكيل فإن لم يكن فيه الربا جاز وإن كان فيه الربا فعلى الوجهين.

ولكن لو أقرضه جزافاً فلم يجز للجهل بقدر ما يستحق الرجوع به.

فصل آخر يشتمل على فروع في القرض

وإذا قال الرجل لغيره: أقرض لي مائة درهم ولك علي عشرة دراهم فقد كره ذلك إسحاق وأجازه أحمد، وهو عندنا يجري مجرى الجعالة ولا بأس به.

فلو أن المأمور أقرضه مائة درهم من ماله لم يستحق العشرة الأجرة لأنها بذلت له على قرض من غيره.

وإن كان قبل رد القرض عليه فقد كره ذلك ابن مسعود وأجازه ابن عباس وهو عندنا جائز إن كان من غير شرط والتنزه عنه أولى، لما روي أن زيد بن ثابت رضي الله عنه اسْتَقْرَضَ مِنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَالاً وَكَانَ يُهَادِيهِ فَامْتَنَعَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِن قَبُولِ هَدِيَّتِهِ فَرَدَّ زَيْدٌ الْقَرْضَ وَقَالَ: لاَ حَاجَةَ لِي فِيمَا يَقْطَعُ الْوَصْلَةَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ مِنْ بَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ حَالَ فَأَخَّرَهُ بِهِ مُدَّةً كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ مَتَى شَاءَ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ بِإِخْرَاجِ شَيْءٍ مِنْ مِلْكِهِ وَلاَ أَخَذَ مِنْهُ عِوَضاً فَيَلْزَمُهُ وَهَذَا مَعْرُوفٌ لاَ يَجِبُ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان لرجل في ذمة آخر دين حال فسأل تأجيله فأجله لم يلزم الأجل وكان له المطالبة به حالاً.

ولو وفى بوعده وأجله به كان حسناً.

وقال مالك: متى أنظره بالدين وأجله له مدة لزمه، ولم يكن له أن يتعجل المطالبة به سواء كان من ثمن مبيع أو قيمة متلف أو غيره، بناء على أصله في أن الهبة تلزم بالعقد دون القبض فكذلك هنا الأجل يلزم بالوعد ويصير كالمستحق بالعقد.

وقال أبو حنفة: إن كان الدين قيمة متلف لا مدخل للأجل في أصله لم يلزمه الأجل، وإن كان من ثمن مبيع قد يصح دخول الأجل في أصله لزمه تأجيله، بناء على أصله في أن ما اتفقا عليه بعد لزوم العقد من خيار أو أجل أو زيادة أو نقص في الثمن فهو لاحق بالعقد كما لو كان ذكراه حين البيع.

وعند الشافعي أن بعد لزوم العقد بالافتراق لا يلحق العقد أجل ولا خيار ولا زيادة في الثمن ولا نقصان.

واستدل من ألحق ذلك بالعقد بقوله ﷺ: الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ.

فوجب أن يلزم ما شرطا من الأجل. قالوا: ولأن كل ما لزم بمقارنة العقد لزم إذا اتفقا عليه بعد لزوم العقد كالرهن. ولأن كل حال يملكان فيها الفسخ يملكان فيها شرط الأجل أصله ما بعد العقد وقبل التفرق.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

فلو صح أن يغير حكم العقد لما لزم الوفاء بما يقدم من العقد.

ولأنه حق استقر معجلاً فلم يعد بالتأخير مؤجلاً قياساً على قيم المتلفات. ولأنه عقد قد استقر لزومه فلم يجز أن يلحقه ما يغير أصله إذا كان ما اتفقا عليه بعد تلف العين أو موت أحد المتعاقدين.

ولأنه لو جاز أن يكون ما زيد في الثمن لاحقاً بالعقد لكان الإبراء منه رافعاً لجميع العقد، وجاز إذا زاد المشتري في ثمن ما قد استحق بالشفعة أن يرجع به على الشفيع.

وفي إبطال أن يكون الحكم في هذين إلا على ما اتفقنا دليل على القول بمثله فيما اختلفنا.

فأما الجواب عن قوله: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» فمعارض أو مخصوص أو مستعمل على الاستحباب.

وأما الجواب عن قياسهم على الرهن فمن وجهين:

أحدهما: أن الرهن عقد يستقر بنفسه وليس كالأجل الذي هو تبع لغيره.

والثاني: أن الرهن بعد البيع ليس بلازم إلا بالقبض، وكذا الأجل ليس بلازم إلا بالقبض لكن قبض الأجل يقضي زمانه فما لم يمضي الزمان فهو في حكم الرهن ما لم يقبض.

وأما قياسهم على خيار المجلس فالمعنى فيه أن العقد لم يستقر لزومه وهو بعد الخيار مستقر فثبت ما ذكرنا والله أعلم بالصواب.

بَابُ تَصَرُّفِ الْوَصِيِّ فِي مَالِ مولِيهِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأُحِبُّ أَنْ يَتَّجِرَ الْوَصِيُّ بِـأَمْوَالِ مَنْ يَلِي وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ قَـد اتَّجَرَ عُمَـرُ بِمَالِ يَتِيمٍ وَأَبْضَعَتْ عَـائِشَةُ بِـأَمْوَالِ بَنِي مُحَمَّـدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ فِي الْبَحْرِ وَهُمْ أَيْتَامُ تَلِيهِمْ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

يجوز لولي اليتيم أن يتجر له بماله على الشروط المعتبرة فيه وهو قول عامة الفقهاء.

وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز لوليه أن يتجر بماله استدلالاً بقوله تعـالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُـوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] فكان النهي عموماً والاستثناء بالأحسن في حفظه خصوصاً.

ولأن التجارة بالمال خطر وطلب الربح به متوهم فلم يجز أن يتعجل خطراً متيقناً لأجل ربح متوهم.

ولأن الولي مندوب لحفظ ماله كالمودع المندوب لحفظ ما أودع، فلما لم يجز للمودع أن يتجر بالوديعة طلباً لربح يعود على مالكها فلم يجـز للولي أن يتجر بمـال اليتيم طلباً لـربح يعود عليه.

وهذا خطأ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَو لَا يَسْتَطِيـعُ أَنْ يُملَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والولي إنما يلزمه أن يملي ما حدث من دين، وذلك في الغالب إنما يكون عن بيع وهو لا يصح منه فيتولاه، فدل على أن الولي هو الذي تولاه.

وروى عمـرو بن شعيب عن أبيه عن جـده أن رسول الله ﷺ قـال: «ابْتَغُوا فِي أَمْـوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلُهَا الزَّكَاةُ». وَرُوِيَ: «اتَّجِرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلُهَا الزَّكَاةُ».

وروي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اتَّجَرَ بِمَالِ يَتِيمٍ كَانَ يَلِي عَلَيْهِ. وَرُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَا أَبْضَعَتْ بِأَمْوَالِ بَنِي أَخِيهَا مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ فِي الْبَحْرِ وَهُمْ أَيْتَـامٌ تَلِيهِمْ[1].

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى ٦/٢.

وليس لهذين في الصحابة مخالف فكان إجماعاً.

ولأن الولي يقوم في مال اليتيم مقام البالغ الرشيد في مال نفسه فلما كان من أفعال الرشيد أن يتجر بماله كان الولي في مال اليتيم مندوباً إلى أن يتجر بماله. ولأن الولي مندوب إلى أن يثمر ماله من يلي عليه، والتجارة من أقوى الأسباب في تثمير المال فكان الولي بها أولى.

فأما قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] فقد اختلف المفسرون في تأويلها على ثلاثة أقاويل: فمذهب ابن أبي ليلى خارج منها ومذهبنا داخل فيها.

أحدها: أن التي هي أحسن التجارة وهذا قول مجاهد.

والثاني: أن يتجر له ولا يأخذ من الربح شيئاً وهذا قول الضحاك.

والثالث: أن التي هي أحسن أن يأكل بالمعروف إن افتقر ويمسك عن الأكل إن استغنى وهذا قول ابن زيد.

وأما الجواب عن قوله إن التجارة خطر والربح متوهم فهو أن يقال: إن سلامة المال في أحوال السلامة أغلب، وظهور الربح مع استقامة الأمور أظهر، وإذا كان الأمر في هذين غالباً جاز العمل عليه لعدم اليقين فيه.

وأما قولهم إنه كالمودع في اختصاصه بالحفظ فخطأ لأن المودع نائب عن جائز الأمر فكان تصرفه موقوفاً على إذنه، والولي نائب عام التصرف، ألا ترى أن له الإنفاق عليه وشراء العقار له.

فصل: فإذا ثبت جواز التجارة بماله فإنما يتجر بما كان ناضاً من غير أن يبيع عقاراً ولا أرضاً، فأول ما ينبغي للولي أن يفعل بالناض من ماله بعد كسوته ونفقته أن يعمر ما يحتاج إلى العمارة من عقاره أو ضياعه إذا كان في عمارتها حفظ الأصل. وليس لما يبني به العقار من الآلة صفة محددة وكان بعض أصحابنا المتأخرين يحد ذلك فيقول: يجب أن يبني بالآجر والطين ولا يبنيه بالآجر والجص ولا باللبن والطين.

قال: لأن للآجر والطين مرجوعاً إن هدم وبقاء إن ترك، والجص في الآجر لا مرجوع له وإذا انهدم بعضه خرب جميعه، واللبن والطين قليل البقاء. وليس لهذا التحديد وجه صحيح لأن لكل قوم عرفاً ولكل بلد عادة، فمن البلاد ما لا يستحكم البناء فيه إلا بالحجارة والنورة، ومنها بالآجر والجص، ومنها بالآجر والطين، ومنها باللبن والطين، ومنها بالخشب الوثيق.

فإذا بناه الولي على أحكم ما جرت به عادة ذلك البلد أجزأه.

ثم ينظر في الباقي من ماله فإن كان لو ابتاع له عقاراً أو أرضاً عاد عليه من فاضل غلته قدر كفايته فابتاع العقار والأرضين بالمال أولى من التجارة به، لأنه أحفظ أصلاً وأقل خطراً مع استواء العادة فيهما وإن كان لو ابتاع به عقاراً لم يعد عليه من فاضل غلته قدر كفايته جاز أن يتجر له بالمال على شروط ثلاثة:

وذلك أن يكون الزمان أميناً، والسلطان عادلاً، والتجارة مربحة. فإن كان الزمان مخوفاً لم يتجر بالمال لما فيه من التغرير به، وإن كان السلطان جائراً لم يجز أن يتجر به لأنه ربما طمع فيه بجوره، وإن كانت التجارة غير مربحة لم يجز أن يتجر بالمال لعدم الفضل المقصود بالتجارة. فإذا اجتمعت هذه الأحوال من أمن الزمان وعدل السلطان وأرباح المتاجر جاز للولي أن يتجر له بماله على شروط معتبرة في الشراء وشروط معتبرة في البيع.

فأما الشروط المعتبرة في الشراء فأربعة:

أحدها: أن يشتري ما لا يخاف عليه الفساد وإن بقي لأن ما يسرع فساده لا يتحفظ ثمنه وأن يقع عند خوف فساده وكس، وأموال اليتامى يجب أن تكون محفوظة الأصل موجودة النماء.

والثاني: أن يكون الربح فيه غالباً إما بظهوره في الحال وإما لغلبة الظن به في ثاني حال فإن لم يغلب في الظن ظهور الربح فيه لم يكن لليتيم حظ في صرف ماله فيه.

والثالث: أن يكون الشراء بالنقد لا بالنساء، لأن شراء النقد أرخص والربح فيه أظهر، لأن في النساء إلزام دين لا يؤمن معه تلف المال وبقاء الدين. فهذه الشروط الثلاثة هي من حق الولاية وصحة العقد جميعاً. فإن أخل الولي بها أو بأحدها لم يلزم الشراء في مال اليتيم وكان باطلاً إن عقد بعين المال ويلزم الولي إن لم يعقد بعين المال.

والرابع: أن لا يدفع الثمن إلا بعد قبض ما اشترى ما لم يقض عليه بدفع الثمن ناضاً لأن في دفع الثمن قبل قبض المبيع تغريراً وهذا شرط في حق الولاية لا في صحة العقد فإن أخل به الولي صح العقد وكان ضامناً لما عجل من الثمن حتى يقبض المبيع فيسقط عنه بقبضه ضمان الثمن.

فصل: وأما الشروط المعتبرة في البيع فأربعة:

أحدها: أن يكون البيع عند انتهاء الثمن وكمال الربح من غير أن يغلب في الظن حدوث زيادة فيه لما في بيعه قبل كمال الربح من تفويت باقيه. فإن باعه مع غلبة الظن في حدوث الزيادة في ثمنه لم يجز لعدم الحظ لليتيم في بيعه.

والثاني: الاجتهاد في توفير الثمن حسب الإمكان. فإن باعه بثمن هو قادر على الزيادة

فيه لم يجز سواء كان بيعه بثمن المثل أو أقل أو أكثر لأن ترك الزيادة مع القـدرة عليها عـدول عن الحظ لليتيم.

والثـالـث: أن يكون البيـع بالنقـد دون النساء لأن بيـع النقد أحفظ للمـال مع اتصـال التجارة به، إلا أن يكون النساء أحظ لـه في بعض الأحوال فيجـوز أن يبيع بـالنسيئة بخمسـة شروط:

أحدها: زيادة الثمن على سعر النقد.
والثاني: قرب الأجل.
والثالث: ثقة المشتري ويساره.
والرابع: الإشهاد عليه.
والخامس: الرهن فيه على ما سنوضح من أحكام ذلك في كتاب الرهن.

والرابع: أن لا يدفع ما باعه نقداً إلا بعـد قبض ثمنه مـا لم يقض عليه بـدفعه نـاضاً. وهذا شرط في حق الولاية لا في صحة العقد فإن أقبض المبيع كان ضامناً لثمنه لا للمبيع في نفسه لأن المبيع من ملك المشتري وقد سقط ضمانه عن اليتيم بالقبض وإنما حقـه في الثمن فيصير الولي بدفع ذلك ضامناً لمال اليتيم الذي حصل التفريط بتأخير قبضه.

ولا يجوز أن يسافـر بمالـه براً ولا بحـراً لما في السفـر من التغريـر بالمـال. رُوِي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إِنَّ الْمُسَافِرَ وَمَالَهُ عَلَى قَلْتٍ إِلَّا مَا وَقَى اللَّهُ»[1] أي على خطر.

فإن سافر بماله ضمن إلا أن تكون المسافة قريبة والطريق آمناً.

فـإن قيل: فَقَـدْ رُوِيَ عَنْ عَائِشَـةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّهَـا أَبْضَعَتْ بِأَمْـوَالِ بَنِي أَخِيهَا فِي الْبَحْرِ ففيه جوابان:

أحدهما: أنه كان في ساحل بحر الجار بحيث يقـرب من المدينـة، وكان غـالـب ذلك السلامة.

والثاني: أنه يجوز أن تكون عائشة ضمنت المال بالغرر إن تلف مبالغة في طلب الربح لبني أخيها.

فإذا اتجر الولي بمال اليتيم على الشروط المذكورة في البيع والشراء فهل له أجرة مثله بحق عمله أم لا؟ ينـظر فيه فـإن لم يكن ذلك قـاطعاً لـه عن عمله ولا مانعـاً من التصرف في شغله وكان واجداً مكتفياً فلا أجرة له. وإن كان يقطعه ذلك عن عمله ويمنعـه من كسبه ففيـه قولان:

---

(١) لا يصـح مرفوعاً.

أحدهما: لا أجرة له لأنه عمل ذلك مختاراً عن غير عقد لازم ولا عن عوض مبذول فصار متطوعاً به.

والقول الثاني: له الأجرة لأن في المنع منها ذريعة إلى إهمال الأيتام وترك مراعاتهم والتجارة بأموالهم.

وقد قال المفسرون في تأويل قوله تعالى في أموال اليتامى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦] أن السرف هو أخذها على غير ما أباح الله تعالى.

وقوله ﴿وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا﴾ قال ابن عباس: هو أن يأكل مال اليتيم ببادر أن يبلغ فيحول بينه وبين ماله، وقوله: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ يعني بمال نفسه عن مال اليتيم وقوله: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ اختلف المفسرون فيه على أربعة أقاويل:

أحدها: أن يستقرض من ماله إذا احتاج ثم يقضي إذا وجد، وهذا قول عمر وابن عباس وأحد قولي الشافعي.

والثاني: أنه يأخذ إذا كان محتاجاً أجرة معلومة على قدر خدمته. وهذا قول عطاء والقول الثاني للشافعي.

والثالث: أنه يأكل ما سد الجوعة ويلبس ما وارى العورة ولا قضاء وهذا قول إبراهيم ومكحول وقتادة.

وروى سعد عن قتادة أن عَمَّ ثابت بن رفاعة وثابت يَوْمَئِذٍ يَتِيمٌ فِي حِجْرِهِ أَتَى نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا نَبِيَّ اللَّهِ: إِنَّ ابْنَ أَخِي يَتِيمٌ فِي حِجْرِي فَمَا يَحِلُّ لِي مِنْ مَالِهِ؟ قَالَ: أَنْ تَأْكُلَ بِالْمَعْرُوفِ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَقِيَ مَالَكَ بِمَالِهِ وَلَا تَتَّخِذَ مِنْ مَالِهِ وَفْراً[1].

والرابع: أن يأكل من ثمره ويشرب من لبن ماشيته ما يقيانه من غير تعرض لما سوى ذلك من فضة أو ذهب. وهذا قول أبي العالية والشعبي. روى القاسم بن محمد قال جَاءَ أَعْرَابِيٌّ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَالَ إِنَّ فِي حِجْرِي أَيْتَاماً وَإِنَّ لَهُمْ إِبِلاً فَمَا يَحِلُّ لِي مِنْ أَلْبَانِهَا؟ فَقَالَ: إِنْ كُنْتَ تَبْغِي ضَالَّتَهَا وَتَهْنَأُ جَرْبَاهَا وَتَلُوطُ حَوْضَهَا وَتَفْرِطُ عَلَيْهَا يَوْمَ وِرْدِهَا فَاشْرَبْ غَيْرَ مُضِرٍّ بِنَسْلٍ وَلَا نَاهِكٍ فِي الْحَلْبِ[2].

---

(١) أخرجه الطبري في التفسير ٤/١٧٤ وذكره السيوطي في الدر المنثور ٢/١٢٢ والمتقي الهندي في الكنز (٤٠٥٠٠).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى ٦/٤.

مسـألة: **قـالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَـهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا كُنَّـا نَأْمُـرُ الْوَصِيَّ أَنْ يَشْتَـرِيَ بِمَالِ الْيَتِيمِ عِقَارَاً لأَنَّهُ خَيْرٌ لَهُ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَبِيعَ لَهُ عِقَارَاً إِلَّا لِغِبْطَةٍ أَوْ حَاجَةٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يجوز للولي أن يبيع من مال اليتيم عقاراً أو أرضاً إلا في حالتين غبطة أو حاجة ولا يجوز له فيما سوى هاتين الحالتين أن يبيع ذلك عليه، لما روي عن النبي ﷺ أَنَّـهُ قَالَ: «مَنْ بَـاعَ عِقَارَاً وَلَمْ يَـرِدْ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ فَـذَلِـكَ مَـالٌ قَمِنٌ أَنْ لاَ يُبَـارَكَ فِيهِ»[1] أي حقيق أن لا يبارك فيه.

ولأن الولي مأمور أن يبتاع بمال اليتيم عقاراً فلم يجز أن يبيع عليه عقاراً.

فإذا ثبت أنه لا يجوز أن يبتدىء ببيع عقاره إلا في حالتي الغبطة والحاجة فـالغبـطة أن يكون له سهم مشاع من عقار يرغب فيه الشريك ليعمل له الملك فيبذل فيه أكثر من ثمنه، أو يكون له عقار محوز يرغب فيه الجـار أو غيره لعـرض حصته فيـزيد في ثمنـه زيادة ظـاهرة لا يجدها الولي من غيره ولا فيما بعد وقته.

فهذه غبطة ينبغي للولي أن يظفر بها ويأخـذها لليتيم فيبيـع لأجلها العقـار ويأخـذ ثمنه فيبتاع له به عقاراً مسترخصاً مغلاً في موضع حي كامل العمارة أو متـوجه إلى كمـال العمارة. ولا يجوز أن يبتاعه في موضع قد خرب أو هو متوجه إلى الخراب لما فيه من إضاعـة مالـه أما بيعه في الحاجة، فالحاجة من وجوه:

منها: أن تكون غلة عقاره لا تكفيه ويحتاج إلى نفقة وكسـوة لا يستغني عنها فـلا بأس أن يبيع من عقاره قدر ما يصرفه في نفقته وكسوتـه. ومنها: أن تكـون له ضيعـة قد خـربت أو عقار قد انهدم وليس له ما يعمره به فلا بأس أن يبيع من عقـاره قدر مـا يعمر بـه ما خـرب من ضياعه أو انهدم من عقاره.

ومنها: أن يكون العقار في موضع قد كثر خرابه وخيف ذهابه فلا بـأس أن يبيعه ليبتـاع بثمنه في موضع عامر.

ومنها: أن يكون العقار في بلد يبعد عن اليتيم والولي فلا يقدر على مراعاته ويلزمه من أجرة القيم به أكثر من غلته فـلا بأس أن يبيـع ذلك ليبتـاع بثمنه عقـاراً في بلد اليتيم والولي، ليقرب على الولي مراعاته ويتوفر على اليتيم غلته. إلى غير ذلك من أشباه ما ذكرنا. فأما بيـع عقاره في التجارة به فلا يجوز بحال لما قدمنا. والله أعلم بالصواب.

---

(١) ضعيف أخرجه ابن ماجة ٢/ ٨٣٢ (٢٤٩١) وأحمد في المسند ٤/ ٣٠٧، ٣/ ٤٦٧ والبيهقي في الكبرى ٦/ ٢٢٣ وابن عدي في الكامل ٧/ ٢٦٢٣ والبخاري في التاريخ ١/ ١٢٢ والفتني في التذكرة (١٤٠).

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من أموال الأيتام من بيع المتاع وشرائه للتجارة ومن بيع العقار في الغبطة والحاجة وشرائه للقِنْية فلا يخلو حال الولي المتولي ذلك من ثلاثة أقسام:

إما أن تكون ولايته بأبوة، وإما أن تكون بوصية وإما أن تكون بتولية حاكم عن أمانة.

فإن كانت ولايته بالأبوة كالآباء والأجداد الذين يلون بأنفسهم على أولادهم وأموالهم فعقودهم في أموال أولادهم ماضية، وعلى القضاة والحكام إنفاذها من غير تكليفهم بينة لحصول الحظ فيما عقدوه لهم وعليهم من بيع أو شراء، إلا أن تقوم بينة بأن ما عقده الأب في مال ابنه من بيع أو شراء لم يكن حظاً فيبطله حينئذ، فإن لم تقم بينة ففعله ماض من غير بينة، وقوله فيما أنفق مقبول من غير بينة ما لم يجاوز الحد لانتفاء التهم عن الآباء لما جبلوا عليه من الميل إلى أولادهم وطلب الحظ الأوفى في تثمير أموالهم.

فأما الأوصياء وأمناء الحكام فما فعلوه في أموال الأيتام ينقسم ثلاثة أقسام: قسم تقبل فيه أقوالهم من غير بينة بأن فيه حظاً لهم إلا أن تقوم بينة بخلافه وهو التجارة لهم بالبيع والشراء فلا يكلفوا فيما باعوه واشتروه من الأمتعة والعروض إثبات البينة لحصول الحظ فيه، بل على الحكام إمضاؤه بقولهم إنه حظ ما لم تقم بينة بخلافه لأنها عقود يعسر إقامة البينة بحصول الحظ في كل عقد منها اعتباراً بالمضاربة في قبول قول العامل في صحة ما عقده من بيع وشراء من غير بينة يكلفها. فهذا أحد الأقسام.

والقسم الثاني: ما لا يقبل فيه أقوالهم إلا ببينة وهو ما باعوه على الأيتام من أرض أو عقار فلا يجوز للحكام إمضاء العقد فيه إلا بقيام البينة أن بيع ذلك حظ لوجود الغبطة أو حدوث الحاجة لأن الأصل في بيع ذلك على الأيتام الحظر والمنع إلا عند تحقق السبب المبيح.

والقسم الثالث: ما اختلف فيه وهو ما ابتاعوه للأيتام من عقار فبنوه ففيه وجهان:

أحدهما: أن قولهم مقبول فيه، وعلى الحكام إمضاؤه من غير تكليف بينة إلا أن يثبت عندهم بينة بخلافه كما يقبل قولهم في أموال التجارات وكما يقبل قول الآباء في البياعات.

والوجه الثاني: أن قولهم غير مقبول إلا ببينة تثبت بأن ما ابتاعوه للأيتام حظ فإذا قامت به البينة عند الحكام وجب عليهم إمضاؤه، وما لم تقم به البينة لم يمضوه. كما لا يقبل قولهم في البيع وإن قبل فيه قول الآباء لأن التهمة تلحقهم دون الآباء، ولأن إقامة البينة بذلك لا يشق عليهم. والله أعلم.

بَابُ تَصَرُّفِ الرَّقِيقِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا ادَّانَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ مَا كَانَ عَبْداً وَمَتَى عُتِقَ اتُّبِعَ بِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال حجر الرق يمنع من عقود البيع بغير إذن سيده وإن صح تأديه.

وجملة أحوال المحجور عليهم في أشربتهم أنها تنقسم أربعة أقسام:

قسم يصح منهم الشراء مع الحجر بإذن وبغير إذن، وقسم لا يصح منهم الشراء مع الحجر لا بإذن ولا بغير إذن، وقسم لا يصح منهم الشراء بغير إذن واختلف في صحته بإذن، وقسم يصح منهم الشراء بإذن واختلف في صحته بغير إذن.

فأما القسم الأول وهو من يصح منه الشراء مع الحجر بإذن وغير إذن فهو المحجور عليه بالفلس يصح شراؤه بغير إذن غرمائه لأن الحجر عليه مستحق في ماله لأجل غرمائه فيمنع من دفع الثمن منه لتعلق حق غرمائه به، ولا يفسخ عليه العقد لأنه لم يتعلق به للغرماء حق، ويكون الثمن في ذمته إذا أيسر بعد فك حجره دفع منه. وكذا المكاتب وإن لم يكن مطلق التصرف فإن عقوده ماضية ما لم يكن فيها محاباة، وله دفع الثمن مما في يده وليس للسيد منعه ويكون من عقد المفلس والمكاتب مع صحتهما: قد كان أحدهما أن عقد المفلس ماضي مع المحاباة وعقد المكاتب مردود في المحاباة.

والثاني: أن المفلس يمنع من دفع الثمن مما في يده والمكاتب لا يمنع من دفع الثمن في يده. فهذا القسم الأول.

وأما القسم الثاني: وهو من لا يصح منه الشراء بإذن ولا بغير إذن فهو المجنون والصبي أما المجنون فشراؤه باطل ولا يقف على إجازة الولي إجماعاً، وأما الصبي فشراؤه باطل عندنا ولا يقف على إجازة الولي.

وقال أبو حنيفة: عقوده موقوفة على إجازة الولي، استدلالاً بأنه عاقل مميز فجاز أن يصح عقده مع بقاء الحجر عليه كالعبد وهذا غلط.

ودليلنا رواية علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ قَالَ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاثَةٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ».

ورَفْعُ القلم عنه يمنع من إجازة عقده لما في إجازته من إجراء القلم عليه، ولأنه غير مكلف فوجب أن لا يصح عقده كالمجنون، ولأن في الولاية على الصبي حقين:

أحدهما: تولي عقوده.

والثاني: حفظ ماله. فلما لم يجز للولي أن يرد إليه حفظ ماله لم يجز أن يرد إليه تولي عقوده.

فأما القياس على العبد فلا يصح من وجهين:

أحدهما: أن العبد لما كان مكلفاً صح عقده والصبي لما لم يكن مكلفاً لم يصح عقده.

والثاني: أن الحجر على العبد حق لسيده فجاز للسيد إسقاط حقه بالإذن له، والحجر على الصبي حق للولي فلم يجز إسقاطه بالإذن له. فثبت أن عقود الصبي باطلة بإذن وليه وغير إذنه.

وأما القسم الثالث وهو من لا يصح منه الشراء بغير إذن واختلف أصحابنا في صحته بإذن وهو المحجور عليه بالسفه إن عقد بيعاً أو شراء بغير إذن وليه كان باطلاً؛ لأنه بالحجر ممنوع التصرف منعاً عاماً، وفي صحة العقد منه رفع الحجر عنه، فإن اشترى بإذن وليه ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: باطل كالصبي.

والثاني: جائز كالعبد، ولكن لو عين له الولي ما يشتريه وقدر له الثمن فَعَقَد العقد على ذلك بالثمن المأذون فيه صح عقده وجهاً واحداً بخلاف التفويض لأنه عقد من مكلف قد صرف عن الاجتهاد بالتقدير فلم يكن للسفه فيه تأثير.

وأما القسم الرابع: وهو من يصح منه الشراء بإذن واختلف في صحته بغير إذن فهو العبد يصح شراؤه بإذن سيده، لأنه ممنوع في حقه، فإن اشترى بغير إذن سيده بثمن في ذمته ففي صحة العقد وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي سعيد الإصطخري أن شراءه باطل لأنه ممنوع من عقد البيع بغير إذن سيده كما هو ممنوع من النكاح بغير إذن سيده ثم ثبت أنه لو عقد نكاحاً بغير إذن سيده كان باطلاً، وجب إذا عقد بيعاً بغير إذنه أن يكون باطلاً.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا أن الشراء جائز لأن الحجر عليه لحق سيده

وأنه يملك ما بيده يجري مجرى المفلس المحجور عليه في حق الغرماء، ثم كان عقد المفلس جائزاً فكذلك العبد، وخالف النكاح من وجهين:

أحدهما: أن النكاح موكس لثمنه فمنع منه بغير إذن سيده لما فيه من الإضرار به وليس كذلك الشراء. (وكذا) الحكم في ضمانه واقتراضه إذا كان عن غيرإذن سيده فعلى وجهين:

أحدهما: باطل فيسقط الضمان ويؤمر برد القرض.

والثاني: جائز فيصح الضمان ولا يلزمه رد القرض، فإن قلنا بصحة عقوده كان ضمانه لازماً في ذمته يوجه به بعد عتقه ويساره وقد استفاد ما ابتاعه واقترضه، وكان ضامناً لثمن ما ابتاع ومثل ما اقترض في ذمته يؤديه بعد عتقه ويساره، وللسيد أخذ ذلك من يده لأن ما استفاده البعد ملك لسيده.

فلو كان البائع لا يعلم برق العبد فأراد الفسخ حين علم برقه لما يلحقه من تأخير الثمن إلى حين عتقه احتمل وجهين:

أحدهما: له الفسخ لأنه أسوأ حالاً من المفلس.

والثاني: ليس له الفسخ لأنه قد صار في ملك السيد فلم يكن له الفسخ برقه لزوال ملكه عنه.

فإن قلنا ببطلان عقوده كان ضمانه باطلاً وابتياعه فاسداً واقتراضه مردوداً وعلى العبد ردّ ما ابتاعه واقترضه وليس للسيد أن يأخذه من يده، وإن تلف من يد العبد كان مضموناً عليه بالقيمة لا بالثمن في ذمته لا في رقبته، يؤديه إذا أيسر بعد عتقه؛ لأنه مقبوض على وجه المعاوضة فلم يجز أن يتعلق بالرقبة.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا واستدان العبد ديناً لم يخل من أن يكون مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له. فإن كان غير مأذون له في التجارة كانت الديون الحادثة عن معاملاته ثابتة في ذمته لا في رقبته ولا فيما بيده، وللسيد أن يتصرف فيما بيده من ماله كيف شاء ولا يجوز للعبد أن يقضي ديونه من شيء مما في يده فإن فعل وقدر السيد على استرجاعه ممن صار إليه فله ذلك، وإن لم يقدر فلا شيء له على عبده من غرم ما استهلك من ماله لأن السيد لا يثبت له في ذمة عبده ولا في رقبته مال.

وإن كان العبد مأذوناً له في التجارة قضى ديون معاملاته من المال الذي بيده لأن إذنه للتجارة إذن به وبموجبه، وليس للسيد أن يسترجع ما بيده قبل قضاء ديونه لاستحقاقه فيها إلا أن يضمن السيد ذلك في ذمته فيجوز له بعد الضمان أن يسترجع. فلو كانت ديونه ألفاً وبيده ألفان فأراد السيد أن يأخذ الألف الفاضلة من دينه لم يجز لأمرين.

أحدهما: أنه كالمرهون بدينه، وليس من حكم الرهن أن يأخذ منه ما فضل عن الدين.

والثاني: أنه يجوز أن يهلك أحد الألفين قبل قضاء الدين فيلزم قضاؤه من الألف الأخرى.

فأما إن عجز ما بيد العبد عن ديونه إما لوضيعة أو جائحة كان ما في ذمته في ذمته يؤديه إذا أيسر بعد عتقه ولا يتعلق برقبته ولا بذمة سيده.

وقال أبو حنيفة تكون ديونه في رقبته يباع فيها إلا أن يفديه السيد منها استدلالاً بأنه دين تعلق بعبده عن إذنه فوجب أن يتعلق برقبته دون ذمته كالرهن، قال: ولأن السيد يملك رقبة عبده وكسبه فلما كان أَذِنَهُ بالتجارة فوجب تعلق دينه بكسب التجارة جاز أن يتعلق برقبته إذا عدم كسب التجارة، لأن الإذن لما أوجب تعلق الدين بأحد الملكين أوجب تعلقه بالملك الآخر. وهذا غلط.

ودليلنا: أن كل حق لزم برضى مستحقه أوجب تعلقه بالذمة دون الرقبة كما لو أدَّان بغير إذن السيد، ولأن ما يلزم العبد من الديون ضربان: ضرب لزم برضى مستحقه كأثمان المبيعات، وضرب لزم بغير رضى مستحقه كقيم المتلفات. فلما ثبت أن ما لزم بغير رضى مستحقه كان محله من المأذون وغير المأذون واحداً وهو الرقبة وجب أن يكون ما لزمه برضى مستحقة: أن يكون محله من المأذون وغير المأذون واحداً وهو الذمة، ولأن إذن السيد لعبده بالتجارة لا يخلو من أحد أمرين.

إما أن يأذن له أن يتجر بما دفعه إليه من مال أو إنما حصل له من جاه وأي الأمرين كان فالرقبة خارجة عن إذنه فلم يجز أن يتعلق بدينه. وأما قياسهم على الرهن فلا يصح لأن الرهن عقد على الرقبة، وكذلك لم يجز أن يدخل عليه مثله.

وأما استدلالهم بالكسب فالكسب لم يملكه السيد إلا بعد قضاء ديونه، وقبل قضائها لم يدخل في ملكه فجاز أن تتعلق ديونه بكسبه، وليس كذلك الرقبة؛ لأنها ملك لسيده في الحالين فلم يجز أن تتعلق بها ديونه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكَذَلِكَ مَا أَقَرَّ بِهِ مِنْ جِنَايَةٍ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. وإقرار العبد بالجناية ضربان.

أحدهما: ما يوجب المال بجناية الخطأ أو قيمة المتلف فإقراره متعلق بذمته دون رقبته إلا أن يصدق السيد أو تقوم به بينة فيلزم في رقبته، وإنما لم يتعلق إقراره برقبته لأمرين.

أحدهما: أن الرقبة ملك لسيده فلم يجز أن ينفذ إقراره من غير ملكه، ألا ترى أن إقرار السيد بها لازم في رقبته لأنها في ملكه.

والثاني: أن العبد متهوم في هذا الإقرار إضراراً بسيده ليخرج من ملكه فصار كإقرار الجاني بالخطأ لا يقبل على عاقلته.

فدل ما ذكرنا من هذين على أن الأرش لا يتعلق برقبته وإذا لم يتعلق برقبته تعلق بذمته كالمقر بقتل الخطأ لما لم يلزم العاقلة لزمته في ذمته.

والضرب الثاني: أن تكون الجناية موجبة للقود في نفس أو طرف فإقرار العبد بها مقبول على السيد ويستوفي منه القود.

وقال المزني وزفر ومحمد بن الحسن ودواد إن إقراره بها مردود كالمال لأنه مقر في ملك سيده.

وهذا خطأ؛ لأن كلما لو أقر به السيد على عبده لم يقبل فإذا أقر به العبد على نفسه قُبِلَ كحد الزنا وشرب الخمر.

ألا ترى أن ما يوجب المال لما كان لو أقر به السيد على عبده قبل كان إقرار العبد به على نفسه غير مقبول، ولأنه إقرار ينفي عنه التهمة فيه، ولا يظن بعاقل أن يقصد قتل نفسه إضراراً لغيره، ومن هذا الوجه خالف المال حيث لم يمض إقراره فيه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَقَرَّ بِسَرِقَةٍ مِنْ حِرْزِها يُقْطَعُ فِي مِثْلِهَا قَطَعْنَاهُ وَإِذَا صَارَ حُراً أَغْرَمْنَاهُ لأَنَّه أَقَرَّ بِشَيْئَيْنِ أَحَدِهِمَا للَّهِ فِي يَدَيهِ فَأَخَذْنَاهُ وَالآخَرُ لِلْنَاسِ فِي مَالِهِ وَلاَمَالَ لَهُ فَأَخَّرْنَاهُ بِهِ كَالْمُعْسِرِ نُؤَخِّرُهُ بِمَا عَلَيْهِ فَإِذَا أَفَادَ أَغْرَمْنَاهُ وَلَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ فِي مَالِ سَيِّدِهِ».

قَالَ الْمُزَنِي: هَذَا غَلَطٌ لأَنَّ هَذَا إِنْ كَانَ صَادِقاً فَإِنَّ يَغْرُمُ عَلَى مَوْلاَهُ فَيَقْطَعُ وَيَغْرَمُ مَوْلاَهُ، وَإِنْ كَانَ كَاذِباً فَذَلِكَ أَبْعَدُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أقر العبد بسرقة مال فلا يخلو حاله من أن يلزمه القطع فيها أولا يلزمه فإن لم يلزمه القطع لم يقبل إقراره على سيده وكان كالمال الذي أقر به عن إتلاف أو جناية ويكون في ذمة يؤديه بعد عتقه ويساره.

فإن لزمه القطع قطع في الحال، لايختلف؛ لأن القطع حق في يده ينفذ إقراره فيه ولا يعتبر تصديق السيد له.

فأما الغرم فلا يخلو حال ما أقر بسرقته من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون قد استهلك.

والثاني: أن يكون عيناً في يده.

والثالث: أن يكون عيناً في يد سيده.

فإن كان مستهلكاً ففيه قولان:

أحدهما: أن إقراره ينفذ فيه على سيده. ويتعلق الغرم برقبته يباع بعد قطعه فيؤدي في سرقته إلا أن يختار السيد أن يفديه.

ووجه هذا القول أن التهمة في هذا الإقرار تنتفي عنه بوجوب القطع، وإقرار العبد إذا انتفت عنه التهمة لزم وإن أوجب مالاً كجناية العبد ينفذ إقراره فيها لاستحقاق القود بها، ثم ينتقل إلى المال بعفو الولي عن القود.

والقول الثاني: أن إقراره بالغرم لا يقبل على سيده، ويتعلق بذمته يؤديه بعد عتقه، لأنه إقرار يضمن شيئين:

أحدهما: قطعاً وغرماً، وقد يصح انفراد الغرم عن القطع، فلما لم يتهم في أحدهما وهو القطع قطعناه، ولما اتهم في الآخر وهو الغرم رددناه. وليس كجناية العبد التي لا ينفك أحد موجبها عنها.

فأما إن كان ما أقر بسرقته عيناً في يده فإنه يقطع بإقراره.

وأما نفوذ إقراره في العين التي بيده: فإن قيل إنما أقرّ باستهلاكه لا ينفذ إقراره فيه فالعين التي بيده أولى أن لا ينفذ إقراره فيها على سيده.

فإن قيل: إن إقراره في غرم المستهلك نافذ على سيده، فقد اختلف أصحابنا في العين التي بيده هل ينفذ إقراره فيها على سيده على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن إقراره فيها نافذ وقوله في سرقتها مقبول، وهذا قول أبي العباس بن سريج؛ لأنه لما قبل إقراره في العموم المتعلق برقبته وإن كانت الرقبه ملكاً لسيده قبل إقراره في العين التي بيده وإن كانت يده يداً لسيده.

والوجه الثاني: أن إقراره بها غير مقبول، لأن يده يد لسيده فصار إقراره بها كإقراره بما في يد سيده.

والفرق بين نفوذ إقراره في الغرم المتعلق برقبته وبين أن لاينفذ في العين التي بيده أن العين ربما زادت قيمتها على قيمة الرقبة أضعافاً فيفضي إقراره إلى أن يستوعب به ملك سيده وليس كذلك الغرم المتعلق بالرقبة لأنه لا يتجاوزها وهو محدود بها.

والوجه الثالث: أن العين ترد على السيد إذا ادعاها ويتعلق غرم قيمتها في رقبته استدراراً لما يخاف من وفور قيمة العين واستيعاب مال السيد فيتعلق غرمها برقبته حتى لا يتجاوزها.

وأما إن كان ما أقر بسرقته عيناً في يد سيده فمذهب الشافعي وسائر أصحابه أنه يقطع ولا يقبل إقراره فيما بيد سيده بل يجب غرم ذلك في ذمته يؤديه بعد عتقه.

وقال أبو حنيفة تسترد العين من يد سيده لوجوب قطعه وأن القطع إنما يجب لثبوت سرقته.

وقال محمد بن الحسن أسقط القطع عنه لأنه لا يجب رد العين من يد سيده.

وكلا المذهبين مدخول، وتعليل أبي حنيفة لرد العين بوجوب قطعه لا يصح، لأن الضمان قد وجب في ذمته فكان وجوب الضمان عليه في وجوب قطعه.

وتعليل محمد بن الحسن لإسقاط قطعه بأنه ليس يجب رد العين من يد سيده لا يصح أيضاً لأَنَّ بدله مستحق في ذمته فكان البدل موجباً لقطعه.

فصل: فأما المحجور عليه بالسفه إذا أقر بسرقة فسواء كان إقراره بسرقة عين في يده أو بمستهلك قد تلف في يده، ولا يعتبر فيه تصديق وليه كما يعتبر في العبد تصديق سيده لأن السيد مالك فجاز أن يلزم تصديقه والولي غير مالك فلم يلزم تصديقه.

فإذا كان كذلك، فإن قيل إن إقرار العبد مقبول على سيده كان إقرار السفيه مقبولاً في ماله فيقطع ويغرم، وإن قيل إن إقرار العبد غير مقبول على سيده وأنه لازم في ذمته ففي إقرار السفيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن إقراره مقبول بخلاف العبد لأن العبد مقر في غير ملك فلم يقبل إقراره منه، والسفيه مقرض ملك فينفذ إقراره فيه. فعلى هذا يقطع ويغرم السرقة في ماله.

والوجه الثاني: أن إقراره غير مقبول لأنه وإن كان مالكاً فالحجر قد منع من نفوذ إقراره فيه فصار أسوأ حالاً من العبد، لأن للعبد ذمة يثبت الغرم فيها إذا أعتق، وليس للسفيه ذمة يثبت فيها الغرم.

وإذا كان كذلك سقط الغرم عنه في حال الحجر وبعد فك الحجر. وفي وجوب قطعه وجهان:

أحدهما: لا قطع لسقوط الغرم.

والثاني: يقطع كما لو أسقط الغرم بالإبراء بعد الوجوب. والله أعلم.

بَابُ بَيْعِ مَا يَجُوزُ بَيْعهُ وَمَا لَا يَجُوزُ

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ أَبِي مَسْعُودٍ الأنصاري أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَمَهْرِ البَغِيِّ وَحُلْوَانِ الْكاهِنِ[1] (قال الشافعي) وَقَالَ ﷺ «مَنِ اقْتَنَى كَلْباً إِلَّا كَلْبَ مَاشِيَةٍ أَوْ ضَارِياً نَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيراطَانِ»[2] قَالَ وَلَا يَحِلُّ لِلْكَلْبِ ثَمَنٌ بِحَالٍ وَلَوْ جَازَ ثَمَنُهُ جَازَ حلْوَانُ الْكاهِنِ وَمَهْرُ الْبَغِيِّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. بيع الكلب باطل وثمنه حرام ولا قيمة على متلفه بحال سواء كان منتفعاً به أو غير منتفع به.

وقال أبو حنيفة: بيع الكلب جائز وثمنه حلال والقيمة على متلفه واجبة سواء كان منتفعاً به أو غير منتفع به.

وقال مالك: بيعه لا يجوز وثمنه لا يحل لكن على قاتله القيمة.

واستدلوا على ذلك برواية الحسن بن أبي جعفر عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَالْهِرِّ إِلَّا الْكَلْبَ الْمُعَلَّمَ[3]. فجوز ثمن الكلب إذا كان معلماً، والخلاف فيهما واحد.

وروى الحسن بن عمارة عن يعلى بن عطاء عن إسماعيل بن جستاس عن عبد الله بن عمرو قال: قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي كَلْبِ الصَّيْدِ بِأَرْبَعِينَ دِرْهَماً وَفِي كَلْبِ الْغَنَمِ بِشَاةٍ مِنَ الْغَنَمِ وَفِي كَلْبِ الزَّرْعِ بِفَرْقٍ مِنْ زَرْعٍ وَفِي كَلْبِ الدَّارِ بِفَرْقٍ مِنْ تُرَابٍ حَقٌّ عَلَى الْقَاتِلِ أَنْ يُؤَدِّيَهُ، وَحَقٌّ عَلَى صَاحِبِ الْكَلْبِ أَنْ يَأْخُذَهُ[4] فأثبت له قيمة.

قالوا: ولأنه حيوان يجوز الاصطياد به فجاز بيعه كالفهد والنمر، ولأنه حيوان تجوز الوصية به فجاز بيعه كالماشية.

---

(١) أخرجه البخاري ٤٢٦/٤ كتاب البيوع (٢٣٧) ومسلم ١١٩٨/٣ كتاب المساقاة (١٥٦٧/٣٩).

(٢) أخرجه البخاري ٦٠٨/٩ كتاب الذبائح (٥٤٨٠) ومسلم ١٢٠١/٣ كتاب المساقاة (٥٠ - ١٥٧٤).

(٣) أخرجه من طريق آخر أخرجه النسائي ٣٠٩/٧.

(٤) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٥٨/٤ والبيهقي في الكبرى ٨/٦.

ودليلنا: ما أسنده الشافعي عن رسول الله ﷺ أنه نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَمَهْرِ الْبَغِيِّ وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ.

وروى معروف بن سويد عن علي بن أبي رباح عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قَالَ: لَايَحِلُّ ثَمَنُ الْكَلْبِ وَلَا حُلْوَانُ الْكَاهِنِ وَلَا مَهْرُ الْبَغِيِّ[١].

وروى عبد الكريم عن قيس بن حبتر عن ابن عباس قال: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَإِنْ جَاءَ يَطْلُبُ ثَمَنَ الْكَلْبِ فَامْلأْ كَفَّهُ تُرَاباً[٢].

وروى خالد بن عبد الله عن أبي الوليد عن ابن عباس قال: رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَالِساً عَنْدَ الرُّكْنِ فَرَفَعَ بَصَرَهُ إِلَى السَّمَاءِ فَضَحِكَ فَقَالَ: لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ ثَلاثاً إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيهِمْ الشُّحُومَ فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوا أثْمَانَهَا وَإِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ عَلَيهِمْ ثَمَنَهُ. فدلت نصوص هذه الأخبار على ما ذكرنا.

ولأنه حيوان يجب غسل الإناء من ولوغه فوجب أن يحرم ثمنه وقيمته كالخنزير. وأما الجواب عن حديث جابر فمن وجوه:

أحدها: ضعف إسناده لأن الحسن بن أبي جعفر مطرح الحديث.

والثاني: أن قوله: «إِلَّا الْكَلْبَ الْمُعَلَّم» راجع إلى مضمر محذوف وتقديره أنه نهى عن ثمن الكلب واقتنائه إلا الكلب المعلم فيجوز اقتناؤه..

والثالث: أن معنى قوله: إِلَّا الْكَلْبَ الْمُعَلَّم يعني: والكلب المعلم، فتكون إلا في موضع الواو كما قال تعالى: ﴿**إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ فَلَا تَخْشَوهُمْ وَاخْشَونِي**﴾ [البقرة ١٥٠] يعني: والذين ظلموا.

وأما الحديث الآخر فأضعف إسناداً لأن الحسن بن عمارة مردود القول، ثم المتن غير معمول به فلم يصح الاحتجاج به، ويكون الحديث خارجاً مخرج الزجر في استهلاك الكلاب المعلمة على أربابها حتى لا يسرع الناس إلى قتلها، كما في قوله: مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلْنَاهُ[٣] على الزجر عن قتل العبيد.

وأما الجواب عن قياسهم على الفهد بعلة جواز الاصطياد: فهو أنه يرفع النص فكان مطرحاً، ثم المعنى في الفهد طهارته حياً.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٨٤) والنسائي ١٩٠/٧ والطحاوي في معاني الآثار ٥٤/٤ وابن عبدالبر في التمهيد ٤٠٢/٨ والبيهقي في الكبرى ٦/٦ انظر التلخيص ٣/٣.

(٢) أخرجه أبو داود ٣٠١/٢ في كتاب البيوع ٣٤٨٢.

(٣) أخرجه الترمذي (١٤١٤) والنسائي ٢٠/٨ - ٢١ وأبو داود (١٥١٥) وأحمد في المسند ١٠/٥ - ١١ والحاكم في المستدرك ٣٦٧/٤ وابن أبي شيبة ٣٠٣/٩ ١٨٧/١٤ والطبراني في الكبير ٢٣٨/٧ والدارمي ١٩١/٢ وأبو نعيم في تاريخ أصفهان ١٨٦/١.

وكذا الجواب عن قياسهم على المواشي بعلة جواز الوصية يه. والله أعلم..

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ إِلَّا لِصَاحِبِ صَيْدٍ أَوْ حَرْثٍ أَوْ مَاشِيَةٍ أَوْ مَا كَانَ فِي مَعْنَاهُمْ».

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يجوز اقتناء الكلب إلا أن يكون منتفعاً به فيجوز اقتناؤه. وقال أبو حنيفة: يجوز اقتناؤه بكل حال وإن لم يكن منتفعاً به. استدلالاً بأن كل حيوان جاز اقتناؤه إذا كان منتفعاً به جاز اقتناء جميع جنسه وإن كان غير منتفع به كالبغال والحمير طرداً والخنازير عكساً.

ودليلنا: رواية الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «مَنِ اقْتَنَى كَلْباً إِلَّا كَلْبَ مَاشِيَةٍ أَوْ ضَارِياً نَقَصَ مِنْ عَمَلِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانِ».

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «مَنِ اقْتَنَى كَلْباً إِلَّا كَلْبَ مَاشِيَةٍ أَوْ صَيْدٍ أَوْ زرع نَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كَلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانِ»

وروي عن ابن عمر أنه قال حين ذكر أبو هريرة الزرع في حديثه: إن لأبي هريرة زرعاً[1].

فجعل عيسى بن أبان هذا القول من ابن عمر قد حافى أبي هريرة وطعنا عليه.

وذكر أن عَائِشَةَ كَانَتْ تَقُولُ أَلَا تَسْمَعُونَ إِلَى هَذَا الرَّجُلِ - تَعْنِي أَبَا هُرَيْرَةَ - يَرْوِي عَامَةَ نَهَارِهِ وَلَقَدْ كَانَ السَّامِعُ يَسْمَعُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَلَاماً لَوْ أَرَادَ أَنْ يَعُدَّهُ لَعَدَّهُ وَأَحْصَاهُ.

وحكي عن إبراهيم النخعي أنه قال: لقد كان يؤخذ بروايات أبي هريرة ويترك فأوهى بهذه الحكايات أحاديث أبي هريرة ومنع من الاحتجاج عليه بها ورام لنصرة أبي حنيفة أن لا يكون اقتناء الكلب مخصوصاً.

وهذا فعل من عاند صحابة نبيه حتى سبهم ظناً وجعل لديهم غدراً، ولو سلم من زلل الهوى وميل العباد وسمع فيهم قول الله تعالى: ﴿كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ﴾ [آل عمران ١١٠] لوضح له ما لا يجد عذراً معه، ولعلم أن أبا هريرة من المكثرين سماعاً وحفظاً والمقبولين رواية ونقلاً لقلة شغله وكثرة ملازمته لرسول الله ﷺ حتى قَالَ: لَمْ يَكُنْ يُشْغِلُنِي عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ طَرْقٌ بالأسواق وَلَا غَرْسُ وَدِيٍّ وَكُنْتُ امْرَأً فَقِيراً أَلْزَمُ النَّبِيَّ ﷺ فَأَحْفَظُ عَنْهُ مَا لَا يَحْفَظُونَهُ. وَلِكَثْرَةِ مُلَازَمَتِهِ، قَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ يَا أَبَا هُرَيْرَةَ زُرْ غِباً تَزْدَدْ حُباً[2]. وَرُوِيَ أَنَّ

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١٢٠٠ (٤٦ - ١٥٧١) والبيهقي في الكبرى ٦/٩.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك ٣/٣٤٧ والخطيب في التاريخ ١٠/١٨٢ والطبراني في الكبير ٤/٢٦ وفي الصغير ١/١٠٧ وأبو نعيم في الحلية ٣/٣٢٢ وفي تاريخ أصفهان ٢/١٢٥، وذكره المنذري في الترغيب ٣/٣٦٦ والهيثمي في المجمع ٨/٧٥ وابن حجر في المطالب (٢٥٩٦) والعقيلي في الضعفاء ٢/١٣٨ وابن عدي في الكامل ٢/٤٤٨.

النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: مَنْ بَسَطَ ثَوْبَاهُ فَأُحَدِّثُهُ بِأَحَادِيثَ لاَيَنْسَاهَا فَبَسَطْتُ ثَوْبِي فَحَدَّثَنِي بَأَحَادِيثَ فَجَمَتُ أَطْرَافَهَا فَمَا نَسِيتُ بَعْدَ ذَلِكَ كُلَّمَا سَمِعْتُ مِنْهُ.

وِقَدْ رُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ أَثْنَى عَلَى أَبِي هُرَيـرَةَ وَقَالَ: حَفِظَ اللَّهُ عَلَيْـكَ كَمَا حَفِظْتَ عَلَيْنَا سُنَنَ نَبِينَا ﷺ.

وأما قول ابن عمر: إنَّ لأَبِي هُرَيرَةَ زَرْعاً، فليس ذلك منه قدحاً وإنما له أحد جوابين:

أحدهما: أن له زرعاً فحفظ ذكر الزرع وليس لابن عمر زرع.

والثاني: أن له زرعاً فسأل النبي ﷺ في الإذن في كلب الزرع. وأما انكار عائشة عليه الكثرة فمعناه: أنها أنكرت كثرة روايته لا أنها نسبته إلى التخوض والكذب. كَمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ لإِبِي هُرَيرَةَ أَقِلَّ الْحَدِيثَ عَنْ رَسِولِ اللَّهِ ﷺ، وَكَانَ يَتَقَدَّمُ إِلَى أَصْحَابِهِ فَيَقُولُ لَهُمْ: أَقِلُّوا وَأَنَا شَرِيْكُكُمْ.

وأما قول إبراهيم لقد كان يؤخذ بروايات أبي هريرة.. فنقول: ليس له محصول: لأنَّ أبا هريرة إن كان موثوقاً به وجب قبول جميع رواياته، وإن كان غير موثوق به لم يجز قبول شيء من رواياته، فأما قبول بعضها وترك بعضها فلا وجه له.

ثم ليس هذا بمانع من ظهور الحجة عليهم في مسألتنا، لأن حديث أبي هريرة لو عدلنا عن الاحتجاج به لكان حديث ابن عمر كافياً في تحريم اقتناء الكلب إلا أن يكون منتفعاً به.

فأما قوله عليه السلام نقص من أجره كل يوم قيراطان: فيهما عبارة عن جزأين من عمله.

واختلفوا: هل المراد به من عمله الماضي أو المستقبل؟ فقال بعضهم: من ماضي عمله، وقال آخرون: من مستقبل عمله. ثم اختلفوا بعد ذلك في أي عمل يذهب على وجهين:

أحدهما: أن جزءاً من عمل الليل وجزءاً من عمل النهار.

والثاني: أن جزءاً من عمل الفرض وجزءاً من عمل النفل.

فصل: فإذا تقرر هذا فالكلاب ضربان منتفع به وغير منتفع به، فما كان غير منتفع به حرم اقتناؤه لما ذكرنا ولقوله عليه السلام: «إِنَّ الْمَلاَئِكَةَ لاَتَدْخُلُ بَيتاً فِيهِ كَلْبٌ وَلاَ صُورَةٌ»(١).

---

(٢) أخرجه البخاري ١٠/ ٣٨٠ كتاب اللباس (٥٩٤٩) ومسلم ٣/ ١٦٦٥ كتاب اللباس (٨٣ ـ ٢١٠٦).

ثم إن كان مالاً ينتفع به عقوراً مؤذياً قُتِلَ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: الْكِلَابُ أُمَّةٌ فَاقْتُلُوا مِنْهَا كُلَّ أَسْوَدَ بَهِيمٍ (١).

وَرُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَا دَخَلَ الْمَدِينَةَ أَمَرَ بِقَتْلِ الْكِلَابِ. قَالَ: فَكَانَ رَجُلٌ يُكْنَى أَبَا مُحَمَّدٍ يَطُوفُ عَلَيْهَا وَبِيَدِهِ الْحَرْبَةُ فَيَقْتُلُهَا.

فأما ما كان غير عقور ولا مؤذي فلا يجوز قتله لقوله ﷺ: «فِي كُلِّ كَبِدٍ حَرَّى أَجْرٌ»(٢).

وأما المنتفع به فقد جاءت الرواية عن النبي ﷺ بالانتفاع به في ثلاثة أشياء: في الصيد والحرث والماشية. فأما كلب الصيد فهو ما كان معلماً يصاد به فاقتناؤه لمن يصيد به مباح، لأنَّ من الصيد ما لا يصيده جارح غير الكلب كالثعالب والأرانب فكانت الحاجة داعية إلى اقتنائه.

فأما كلب الحرث فهو كلب أصحاب الزروع؛ لأنه يحفظ زروعهم من الوحش لا سيما في الليل مع قلة النوم الكلب وسرعة تيقظه.

ولا يقوم غيره مقامه، فدعت حاجة أصحاب الزروع إلى اقتنائه. وفي معنى أصحاب الزروع أصحاب النخل والشجر والكرم.

وأما كلب الماشية فهو الكلب الذي يطوف على الماشية إذا رعت فيحفظها من صغار السباع، فدعت حاجة الرعاة إليه فجاز لهم اقتناؤه، وفي معنى أصحاب المواشي أصحاب الخيل والبغال والحمير.

فأما البوادي وسكان الخيام في الفلوات فيجوز لهم اقتناء الكلاب حول بيوتهم لتحرسهم من الطراق والوحش، فإن للكلاب عواء عند رؤية من لم يألفوه ينتبه به أربابها على الاستيقاظ وحراسة البيوت. وقد جاء في بعض الروايات إلاَّ كَلْبَ مَاشِيَةٍ أَوْ ضَارِياً أَوْ أَهْلَ بَيتٍ مُفْرَدٍ، يعني البيوت المفرقة في الصحاري.

وفي معنى أصحاب الخيام من البوادي أهل الحصون والبيوت المفردة في أطراف الرَّساتيق وهكذا أهل القوافل والرفاق.

وروي أن أنس بن مالك حَجَّ وَمَعَهُ كَلْبٌ فَقِيلَ لَهُ تَحُجُّ وَمَعَكَ كَلْبٌ فَقَالَ يَحْفَظُ عَلَينَا ثِيَابَنَا.

فأما اتخاذ الكلاب لحراسة الدور والمنازل في المدن والقرى ففيه لأصحابنا وجهان:

---

(١) أخرجه مسلم ٣/ ١٢٠٠ كتاب المساقاة (٤٧ ـ ١٥٧٢) وأحمد في المسند من طريق آخر ٥/ ٥٤ والدارمي ٢/ ٩٠ وأبو داود (٢٨٤٥) والترمذي (١٤٨٩) والنسائي ٧/ ١٨٥ وابن ماجة (٣٢٠٥).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٩٢٩) والبخاري ٨/ ١١ طبعة دار الفكر ومسلم في كتاب السلام (١٥٣) وأبو داود في كتاب الجهاد باب (٤٧) وأحمد في المسند ٢/ ٥١٧ والبيهقي ٤/ ١٨٥.

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق جواز اتخاذه لحراسة البيوت لما فيه من التيقظ والعواء على من أنكر فصار في معنى ما ورد الاستثناء فيه.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز اتخاذه لحراسة الدور والبيوت في المدن لأنه قد يستغنى بالدروب والحراس فيها عن الكلاب؛ ولأن الكلاب لا تغني في المنازل ما تغني في الزرع والمواشي، لأن حفظ المنازل من الناس، والكلب ربما احتال الإنسان عليه بلقمة يطعمه حتى يألفه فلا ينكره إذا ورد للسرقة والتلصص، والزروع والمواشي تحفظ من الوحش والسباع فلا يتم فيها حيلة في ألف الكلب لها فافترق المعنى فيهما.

وأما اقتناء جرو الكلاب وصغارها لتعلم الصيد أو حفظ الزروع والمواشي ففي جوازه وجهان: .

أحدهما: لا يجوز لأنها في هذه الحالة غير منتفع بها.

والثاني: يجوز اقتناؤها للتعليم، لأن تعليمها منفعة، ولأنه لا يمكن الاصطياد بها إلا بعد التعليم فلو منع من تعليمها لمنع من الصيد بها.

وأما ما انتفع به من كلاب الصيد والحرث والماشية إذا اقتناها من لا ينتفع بها ممن ليس له صيد ولا حرث ولا ماشية ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز اعتباراً لها لما فيها من المنفعة.

والثاني: لا يجوز اعتباراً بأربابها ولأنه ليس لهم فيها منفعة.

وهكذا لو اتخذ صاحب الحرث كلب ماشية، أو اتخذ صاحب الماشية كلب حرث كان على هذين الوجهين.

فصل: حكم إجارة الكلاب مباحة الانتفاع

فإذا ثبت جواز الانتفاع بها فيما ذكرنا واقتناؤها من المنافع لما وصفنا، ففي جواز إجارتها لتلك المنفعة وجهان:

أحدهما: يجوز لأنها منفعة مباحة من عين معروفة، وليس المانع من بيع الأصل مانعاً من جواز إجارته كالوقف وأم الولد.

والوجه الثاني: أن إجارتها غير جائزة؛ لأن المنفعة منها غير مملوكة وإن أبيحت بخلاف الوقف وأم الولد. ألا ترى أن غاصباً لو غصب كلباً منتفعاً به لم يلزمه أجرة مثله ويلزمه في الوقف أجرة مثله.

أقسام الحيوان وحكم كل قسم

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِمَّا فِيهِ مَنْفَعَةٌ فِي حَيَاتِهِ بَيْعٌ

وَحَلَّ ثَمَنُهُ وَقِيمَتُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يُؤكَلُ مِنْ ذَلِكَ الْفَهْدُ يُعَلَّمُ لِلْصَيْدِ وَالْبَازِيُّ وَالشَّاهِينُ وَالصَّقْرُ مِنَ الْجَوارِحِ المُعَلَّمَةِ وَمِثْلُ الْهِرِّ وَالْحِمَار الإنسيِّ وَالْبَغْلِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا فِيهِ مَنْفَعَةُ حَياً وَكُلّ مَا لاَ مَنْفَعَةَ فِيهِ مِنْ وَحْشٍ مِثْلُ الْحِدَأةِ وَالرَّخَمَةِ وَالْبُغَاثَةِ وَالْفَأْرَةِ وَالْجُرْذَانِ وَالوَزْغَانِ وَالخَنَافِسِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ فَأرَى - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنْ لاَيَجُوزَ شِرَاؤُهُ وَلاَ بَيْعُهُ وَلاَقِيْمَةَ عَلَى مَنْ قَتَلَهُ لأَنَّهُ لاَ مَعْنَى لِلْمَنْفَعَةِ فِيهِ حَياً وَلاَ مَذْبُوحاً فَثَمَنُهُ كَأَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح. وجملة الحيوان ضربان: آدمي وغير آدمي، فالآدمي ضربان: حر ومملوك، فالحر لا يجوز بيعه وإن جازت إجازته.

والمملوك ضربان: مسلم وغير مسلم، فإن لم يكن مسلماً جاز بيعه من مسلم ومشرك صغيراً كان العبد أو كبيراً.

وقال أحمد بن حنبل: لا يجوز بيع من لم يحكم بإسلامه من المماليك الصغار على المشركين ويباعون على المسلمين لأنهم في العرف يثبتون على دين سادتهم فيشركون إن كان السيد مشركاً ويسلمون إن كان السيد مسلماً.

وهذا الذي قاله ليس بصحيح؛ لأن من أجري عليه حكم الشرك فإسلامه مظنون. وقد يجوز أن يسلم إن كان سيده مشركاً وبيع على الشرك.

وإن كان سيده مسلماً فلم يكن ما اعتبره صحيحاً إلا أن يذهب إليه من طريق الأولى فيصح. وأما المسلم فلا يجوز بيعه إلا على مسلم لأن الإسلام لعلوه لا تعلوه يد مشرك.

فإن بيع العبد المسلم على مشرك ففي البيع قولان:

أحدهما: باطل. وبه قال في الإملاء لقوله تعالى: ﴿**وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً**﴾ [النساء: ١٤١].

ولأن كل عقد منع الكافر من استدامته كحرمة الإسلام منع من ابتدائه كالنكاح.

ولأن المقصود بعقد البيع أحد أمرين:

إما القُربة بما يحصل من العتق كابتياع الولد وهو لا يعتق عليه، أو حصول الربح بطلب الفضل وهو لا يقدر عليه فيحصل له الربح، وإذا زال عن مقصود البيع من هذين الوجهين جرى مجرى بيع ما لا منفعة فيه فكان باطلا.

والقول الثاني: قاله في عامة كتبه وهو قول أبي حنيفة: إن البيع صحيح لعموم قوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ**﴾[البقرة ٢٧٥].

ولأن كل من صح أن يشتري كافراً صح أن يشتري مسلماً كالمسلم.

ولأن الكفر لا يمنع من ملك المسلم كما لو كان كافراً فأسلم.

ولأن عقد البيع يملك به كالإرث فلما جاز أن يرث الكافر عبداً مسلماً جاز أن يشتري عبداً مسلماً. فعلى هذا لا يجوز أن يقر على ملكه وإن صح البيع. ويؤخذ بإزالة ملكه عنه ببيع أو هبة أو عتق. فإن دبره لم يجز إقراره، وإن كاتبه فعلى قولين:

أحدهما: لا يقر على ذلك لما فيه من استدامة ملكه.

والقول الثاني: يقر على الكتابة لينظر ما يكون في حاله؛ لأن الكتابة تفضي إلى عتقه وزوال رقه.

فصل: حكم غير الآدمي من الحيوان

وأما غير الآدمي من الحيوان فضربان: طاهر ونجس.

فأما النجس فالكلب والخنزير وما تولد منهما أو من أحدهما.

وحيوان طاهر.

فهذا نجس لا يجوز بيعه ولا قيمة على متلفه.

قال أصحابنا: لم يكن يعرف خلاف قبل عطاء في أن لا قيمة على متلف الكلب حتى ذهب إليه عطاء وتابعه مالك.

ولا يعرف خلاف قبل أبي حنيفة في أن بيعه لا يجوز حتى قاله أبو حنيفة.

ولا يجوز اقتناء شيء منه بحال: قال إلا الكلب إذا كان منتفعاً به على ما مضى.

وأما الطاهر فضربان: مأكول وغير مأكول.

فأما المأكول فيجوز بيعه حياً ومذبوحاً، ولا يجوز بيعه ميتاً إلا الحوت والجراد.

وأما غير المأكول: فضربان: منتفع به وغير منتفع به.

فما كان منتفعاً به كالبغل والحمار والفهد والنمر فبيعه حياً جائز، ولا يجوز بيعه غير حي.

وأما غير المنتفع به فضربان: أحدهما: ما لا يرجى نفعه أبداً كالسبع والذئب والحية والعقرب وسائر الهوام والحشرات فبيعه باطل لأن بيعه مع عدم المنفعة فيه من أكل المال بالباطل.

والثاني: أن يكون مما يرجى نفعه في ثاني حال كالفهد الذي إذا علم نفع، والفيل الذي إذا تأنس قاتل أو حمل ففي جواز بيعه وجهان: **أحدهما** لا يجوز لما هو عليه في الحال.

والثاني: يجوز لما ينتقل إليه في ثاني حال، وكل ما لم يجز بيعه فلا قيمة على متلفه، وكل ما جاز بيعه وجبت القيمة على متلفه.

فصل: حكم بيع النبات

فأما النبات فما لم يكن منه سماً قاتلاً فبيعه جائز؛ لأنه لا ينفك من منفعة إما بأكل أو علوفة أو وقود. وأما السم فإن كان قد يستعمل تداوياً كالسقمونيا وما في معناه جاز بيعه.

وأما ما لا يستعمل تداوياً بحال فضربان:

أحدهما: أن يقتل يسيره وكثيره منفرداً ومع غيره فبيعه لا يجوز لعدم المنفعة فيه فيصير من أكل المال بالباطل.

والضرب الثاني: أن يقتل كثيره ولا يقتل قليله أو يقتل مع غيره ولا يقتل بانفراده فقد علق الشافعي القول في بيعه فخرجه أصحابنا على قولين:

أحدهما: بيعه باطل كالذي قبله.

والثاني: بيعه جائز لقصوره عن حال الأول. ومن أصحابنا من جوز بيع قليله الذي لا يقتل ومنع من بيع كثيره الذي يقتل. وهذا القول لا وجه له لأن كل ما جاز بيعه لم يكن جواز بيعه موقوفاً على قدر منه كالمأكولات، وكل جنس لم يجز بيعه لم يكن بطلان بيعه موقوفاً على قدر منه كالنجاسات. والله أعلم.

فصل: حكم بيع النجاسات

فأما النجاسات فضربان:

أحدهما: ما كانت عينه نجسة.

والثاني: ما طرأت عليه النجاسة وجاورته.

فأما ما كان نجس العين كالخمر والميتة والدم والأرواث والأبوال فلا يجوز بيع شيء منها.

وجوز أبو حنيفة بيع جلد الميتة وقد مضى الكلام معه في كتاب الطهارة وجوز أيضاً بيع السرجين وروث ما يؤكل لحمه، استدلالاً بأنه فعل الأمصار في سالف الأعصار من غير إنكار، فلولا إباحته باتفاقهم لأنكروه أو بعضهم.

ولأن ما جاز الانتفاع به من غير ضرورة جاز بيعه كسائر الأموال.

ودليلنا رواية ابن عباس أن النبي ﷺ قَالَ: «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ ثَلَاثاً إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيْهِمُ الشُّحُومَ فَبَاعُوهَا فَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا وَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ شَيْئاً حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ».

ولأنه نجس العين فوجب أن لا يجوز بيعه كالميتة والخنزير ولأنه رجيع نجس فوجب أن لا يجوز بيعه كالعذرة.

وأما استدلالهم بأنه فعل أهل الأمصار من غير مانع ولا إنكار، فهذا إنما يفعله جهال الناس وأرذالهم فلو لم يكن فعلهم حجة على من سواهم.

على أن ما ظهر من الأفعال لا يدل عند أبي حنيفة على الاعتقاد؛ لأن جميع الناس في جميع الأعصار يعطون أجرة المعلم يفعله العالم الفاضل ويأخذه العالم الفاضل وليس ذلك عنده حجة في جواز أخذ أجرة التعليم فكيف يجعل ها هنا فعل جهال الناس حجة علينا.

وأما قياسه بعلة أنه منتفع به فمنتقض بالحر والوقف وأم الولد، ثم المعنى في الأصل أنه طاهر منتفع به. فهذا الكلام فيما كان نجس العين.

وأما ما طرأت عليه النجاسة وجاورته فنجس بها فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: ضرب يصح غسله، وضرب لا يصح غسله، وضرب مختلف في صحة غسله.

فأما ما يصح غسله كالثياب والأواني والحبوب وجميع النجاسات التي لا تذوب بملاقاة الماء فغسله من النجاسة ممكن وبيعه قبل غسله جائز؛ لأن العين طاهرة والانتفاع بها ممكن وإزالة ما جاورها من النجاسة متأتٍ. وأما ما لا يصح غسله كالسكر والعسل والدهن وسائر ما إذا لاقاه الماء ذاب فيه، والخل، فغسله لا يمكن وبيعه مع نجاسته باطل ويكون حكمه في بطلان البيع حكم ما كان نجس العين.

وأما المختلف في صحة غسله: فالأدهان كلها اختلفوا في جواز غسلها.

فمذهب الشافعي أن غسلها لا يجوز ولا يمكن، وبيعها إذا نجست باطل.

وقال أبو حنيفة: غسلها ممكن وبيعها قبل الغسل جائز. استدلالا بأنها نجاسة مجاورة يمكن إزالتها فجاز بيعها معها كالثوب.

ولأنه مائع يجوز الاستصباح به فجاز بيعه كالدهن الطاهر.

ودليلنا حديث ابن عباس أنه ﷺ قَالَ: وَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ.

وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ سُئِلَ عَنْ الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ فَقَالَ: إِنْ كَانَ جَامِدًا فَأَلْقُوهَا وَمَا حَوْلَهَا وَإِنْ كَانَ ذَائِبًا فَأَرِيقُوهُ.

فلو جاز بيعه لمنع من إراقته فصار كالخمر المأمور بإراقته.

وتحريره: أنه مائع نجس فلم يجز بيعه كالخمر.

وأما قياسهم على الطاهر فلا يصح لاختلافهما فيما يمنع من تساوي حكمهما. فأما ادعاؤهم إمكان الغسل فمذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه أن ذلك غير ممكن لتعذر

اختلاطه بالماء، والغسل إنما يصح فيما يختلط بالماء فيصل إلى جميع أجزائه أو يجاوز الماء جميع أجزائه، وهذا متعذر في الدهن لأنه يطفو على رأس الماء. وقال أبو العباس بن سريج: غسل الزيت ممكن وهو أن يراق في قلتين من ماء بأشد تحريك حتى يصل الماء إلى جميع أجزائه فعلى هذا خرج جواز بيعه على وجهين:

أحدهما: بيعه جائز كالثوب النجس.

والثاني: باطل بخلاف الثوب، وليس كل ما أفضى إلى الطهارة في الحال الثانية جاز بيعه كجلد الميتة. وهكذا من ذهب إلى هذا القول حرم بيع الماء النجس الذي يطهر بالمكاثرة على وجهين.

فصل: في بيان الجلالة وحكمها

وأما الجَلَّالة من البهائم المأكولة وهي التي ترعى الأقذار والزبل فبيعها جائز لطهارتها. وإن ما رعته من الأقذار صار في مجل الأنجاس، وأكلها جائز لهذا المعنى.

لكن جاء الأثر بالتوقف عن ذبحها بعد رعي الأقذار، في البعير أربعين يوماً والبقرة ثلاثين يوماً والشاة سبعة أيام والدجاجة ثلاثة أيام[1]. فيختار ذلك اتباعاً للأثر فيه وإن لم يجب.

فصل: في بيان آلات الملاهي وحكم بيعها

فأما الملاهي كالطنبور والعود والدف والمزمار، فإن أمكن الانتفاع بها إذا فصلت جاز بيعها، وكذلك اللعب.

لكن يكره بيع ذلك قبل تفصيله لبقاء المعصية فيه. فإن بيع على حاله جاز.

وأما إن كان ذلك إذا فصل لا يصلح لغير اللهو بحال، وهذا نادر؛ لأنه قد يصلح للحطب، فإن كان لا يصلح له ولا منفعة فيه فبيعه باطل؛ لأنه من أكل المال بالباطل. فأما عقد الإجارة على عمل ذلك فغير جائز لأنه عقد على إحداث معصية.

فصل: في بيان حكم بيع دور مكة وإجارتها

فأما بيع دور مكة وعقارها فلا بأس به وبإجارتها أرضها وبنائها. ورواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة.

وقال مالك: لا يجوز بيعها ولا إجارتها من الواردين إليها.

ورواه أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة، تعلقاً بقوله تعالى: ﴿وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ الَّذِي جَعَلْنَاهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾ [الحج: ٢٥]. فسوى بين جميع الناس فيه

---

(١) ضعيف أخرجه البيهقي في الكبرى ٩/٣٣٣.

وأراد بالمسجد الحرام جميع الحرم. وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُدَ رَبَّ هَـٰذِهِ الْبَلْدَةِ الَّذِي حَرَّمَهَا﴾ [النمل: ٩١]. فجعلها حراماً، والحرام لا يجوز بيعه.

وروى ابن أبي نجيح عن عبدالله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قَالَ: رِبَاعُ مَكَّةَ لاَ تُبَاعُ وَلاَ تُؤَاجَرُ[١].

(وروى علقمة بن نضلة الكناني) قَالَ: تُوفِّيَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَعُثْمَانُ وَكَانَتْ بُيُوتُ مَكَّةَ تُدْعَى بِالسَّوَائِبِ[٢]. ومعناه طلق تشبيهاً بالسوائب.

ولأنها بقعة يضمن صيدها بالجزاء فلم يجز بيعها كالمسجد الحرام.

والدلالة على جواز بيعها قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ﴾ [الحشر: ٨]. فأضاف الديار إليهم كإضافة الأموال إليهم ثم ثبت أن أموالهم كسائر أموال الناس في تمليكها وجواز بيعها فكذلك الديار.

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قَالَ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ: «مَنْ دَخَلَ دَارَ أَبِي سُفْيَانَ فَهُوَ آمِنٌ»[٣]. فأضاف الدار إليه. وَرَوَى أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ قَالَ: قُلْتُ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ أَيْنَ تَنْزِلُ أَفِي دُورِ عَمَّاتِكَ أَوْ خَالاَتِكَ؟ فَقَالَ: وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِيعٍ، نَحْنُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ نَازِلُونَ بِخَيْفِ بَنِي كِنَانَةَ مِنْ مِنىً[٤].

فموضع الدليل منه أن عقيل بن أبي طالب ورث أباه مع أخيه طالب دون علي وجعفر، لأن أبا طالب مات كافراً وكان عقيل وطالب كافرين وكان علي وجعفر مسلمين فباع عقيل دور أبيه التي ورثها، فلو لم تكن مملوكة وكان بيعها باطلاً لما أجازه رسول الله ﷺ ولأقر ملك الدور على حكمها الأول.

ولأنه إجماع السلف وأهل الأعصار من لدن رسول الله ﷺ وإلى وقتنا يتبايعون منازل مكة ويشاهدون ذلك من غيره ولا ينكر ذلك واحد منهم فكان إجماعاً. وقد روي أَنَّ أَبَا سُفْيَانَ بَاعَ دَارَ بَنِي جَحْشٍ بِمَكَّةَ فَذَكَرَ عَبْدُ اللَّهِ بْنَ جَحْشٍ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: أَلاَ

---

(١) أخرجه البيهقي ٦/٣٥ والحاكم ٢/٥٣ والدارقطني ٣/٨٥ والطحاوي في معاني الآثار ٤/٤٨ وانظر نصب الراية ٤/٢٦٥.

(٢) أخرجه ابن ماجة ٢/١٠٣٧ (٣١٠٧) والبيهقي في السنن ٦/٣٥.

(٣) أخرجه مسلم ٣/١٤٠٧، ١٤٠٨ (٣١/٨٤ ـ ٨٦) وأبو داود في الخراب باب (٢٥) وأحمد في المسند ٢/٢٩٢، ٥٣٨ والطبراني في الكبير ٨/٩ والبيهقي في الكبرى ٦/٣٤، ٩/١١٧ وابن أبي شيبة ١٤/٤٧٥ وعبدالرزاق (٩٧٣٩) والدارقطني ٣/٧٠.

(٤) أخرجه البخاري ٥/١٨١ (دار الفكر) ومسلم ٢/٩٨٤ والبيهقي في الدلائل ٥/٩١ وفي السنن ٦/٣٤ وابن ماجة (٢٧٣٠) وأبو داود (٢١٩٠) والحاكم في المستدرك ٢/٦٠٢ والدارقطني ٢/٦٢ وابن خزيمة(٢٩٨٥).

تَرْضَى يَا عَبْدَ اللَّهِ أَنْ يُعْطِيَكَ اللَّهُ تَعَالَى دَاراً هِيَ خَيْرٌ مِنْهَا فِي الْجَنَّةِ؟ قَالَ: بَلَى. قَالَ: فَذَلِكَ لَكَ.

فَلَمَّا افْتَتَحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَكَّةَ كَلَّمَهُ أَبُو أَحْمَدَ بْنُ جَحْشٍ فِي دَارِهِمْ فَأَمْسَكَ عَنْهُ كَرَاهَةَ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ أُصِيبَ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فِي اللَّهِ تَعَالَى فَقَالَ لأَبِي سُفْيَانَ:

أَلاَ بَلِّغْ أَبَا سُفْيَانَ عَنْ أَمْرٍ عَوَاقِبُهُ نَدَامَه ... دَارَ ابْنِ عَمِّكَ بِعْتَهَا تَقْضِي بِهَا عَنْكَ الْغَرَامَه

اذْهَبْ بِهَا اذْهَبْ بِهَا طَوَّقْتَهَا طَوْقَ الْحَمَامَه

فموضع الدليل من هذا هو أنه لو لم يكن للبيع تأثير ما جعل المشتري أحق؛ ولأنه أحد الحرمين فجاز أن يصح بيع منازله وعقاره كالمدينة.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ الَّذِي جَعَلْنَاهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً﴾ [الحج: ٢٥]، فهو أنه محمول على موجب اللفظ في أن المراد به نفس المسجد دون غيره من مكة.

وأما قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا أُمِرْتُ أَنْ أَعْبُدَ رَبَّ هَذِهِ الْبَلْدَةِ الَّذِي حَرَّمَهَا﴾ [النمل: ٩١] يعني حرم صيدها وشجرها.

وأما احتجاجهم بالخبر فمنقطع؛ لأن ابن أبي نجيح لم يلق عبد الله بن عمرو، ولأن الحديث موقوف على عبدالله بن عمرو، ولو ثبت لكان محمولاً على الاستحباب.

وأما قول علقمة بن نضلة أن بيوت مكة كانت تدعى السوائب فالسائبة لا حكم لها عندها وقد أبطلها الله تعالى في كتابه.

على أنه يجوز أن يكون قال ذلك لكثرة الوقوف بها. فقد قال الشافعي رضي الله عنه قدمت مكة ومعي مال، فقيل لي لو اشتريت بها داراً تكون لأهلك فلم أفعل لعلمي بكثرة الوقوف بها.

وأما قياسهم على المسجد الحرام فممتنع؛ لأن المساجد المحرمة لا يجوز أن يقاس عليها المنازل المسكونة في تحريم البيع. ألا ترى أن سائر مساجد البلاد لا يدل تحريم بيعها على تحريم الدور والمنازل بها. والله أعلم .

بَاب السَّلَمِ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَن ابْنِ أَبِي نُجَيْحٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بنِ أَبِي كَثِيرٍ أَوِ ابْنِ كَثِيرِ الشَّكُّ مِنَ الْمُزَنِيِّ عَنْ أَبِي الْمِنْهَالِ عَنِ ابْنْ عَبَّاسٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَدِمَ الْمَدِينَةِ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ فِي التَّمْرِ السَّنَةَ وَرُبَّمَا قَالَ السَّنَتَيْنِ والثَّلاثَ فَقَالَ ﷺ: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ»(1)».

قال الماوردي: وهذا صحيح.

أما السلف والسلم فهما عبارتان عن معنى واحد فالسلف لغة عراقية والسلم لغة حجازية والدليل على جوازه الكتاب والسنة واتفاق الصحابة رضي الله عنهم.

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وروى الشافعي عن ابن عباس أنه قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن الله فيه ثم قرأ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. فدل هذا النقل أن هذه الآية وردت في إباحة السلم ثم دل عليه من نفس الآية قوله في إثباتها: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾ [البقرة: ٢٨٢]. وهذا في البيع الناجز فدل أن ما قبله من الموصوف غير الناجز.

ثم يدل عليه من السنة ما قدمه الشافعي عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ وأَجَلٍ مَعْلُومٍ». وروى أبو داود هذا الحديث بإسناده عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال وَإِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ(2). قال الشافعي:

---

(1) أخرجه الشافعي في المسند ٢/١٦١ (٥٥٨) والبخاري ٤/٤٢٨ في كتاب السلم(٢٢٣٩) ومسلم ٣/١٢٢٧ كتاب المساقاة (١٢٧ ـ ١٦٠٤).

(2) أخرجه في السنن ٢/٢٩٦ كتاب البيوع (٣٤٦٣) والطبراني في الكبير ١١/٢٣٠ وفي الصغير ١/٢١٢ والزندي (١٣١١) وابن ماجة (٢٢٨٠) وأحمد في المسند ١/٢٨٢ والبيهقي في الكبرى ٦/٨ وابن أبي شيبة في المصنف ٧/٥٢ والدارقطني ٣/٣ وانظر تلخيص الحبير ٣/٣٢ ونصب الراية ٤/٤٦.

وأخبرني من أصدقه عن سفيان أنه قال في الأجل وَإِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ وقد حفظته عن سفيان مراراً كما وصفته(١).

وروى شعبة عن أبي المجالد قال: اخْتَلَفَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ شَدَّادٍ وَأَبُو بُرْدَةَ فِي السَّلَفِ فَبَعَثُونِي إِلَى ابْنِ أَبِي أَوْفَى فَسَأَلْتُهُ فَقَالَ: كُنَّا نُسْلِفُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ إِلَى قَوْمٍ مَا هُوَ عِنْدَهُمْ(٢).

وروى عطية بن سعد عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ(٣).

وروى جامع بن شداد عن طارق المجازي قال: كُنْتُ فِي رُفْقَةٍ فَنَزَلْنَا قُرْبَ الْمَدِينَةِ فَكَانَ مَعَنَا نَاقَةٌ حَمْرَاءُ فَخَرَجَ إِلَيْنَا رَجُلٌ عَلَيْهِ ثَوْبَانِ فَقَالَ: تَبِيعُونَ النَّاقَةَ قُلْنَا نَعَمْ قَالَ بِكَمْ فَقُلْنَا بِكَذَا وَكَذَا وِسْقاً مِنْ تَمْرٍ فَأَخَذَ النَّاقَةَ وَلَمْ يَتَرَبصْ فَلَمَّا أَخَذَهَا وَتَوَارَى بَيْنَ جُدْرَانِ الْمَدِينَةِ قَالَ بَعْضُنَا لِبَعْض أَتَعْرِفُونَ الرَّجُلَ؟ فَقَالَ بَعْضُنَا: أَمَّا وَجْهُهُ بِوَجْهِ غَدَارٍ فَلَمَّا كَانَ وَقْتُ الْعَصْرِ جَاءَنَا رَجُلٌ فَقَالَ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا حَتَّى تَشْبَعُوا وَأَنْ تَكْتَالُوا حَتَّى تَسْتَوْفُوا قَالَ فَأَكَلْنَا حَتَّى شَبِعْنَا وَاكْتَلْنَا حَتَّى اسْتَوْفَيْنا(٤). فموضع الدلالة منه أنه ابتاع الناقة بثمن موصوف في الذمة.

فدل على أمرين:

أحدهما: جواز السلم في الأصل.

والثاني: جوازه حالاً.

فقد اختلف أصحابنا في عقد السلم بلفظ البيع كقول: بعتك هذا الدينار بقفيز حنطة موصوفة في الذمة هل يكون بيعاً أو سلماً فقال بعضهم يكون سلماً بلفظ البيع لأن السلم صنف من البيوع فعلى هذا لا يصح أن يفترقا قبل قبض الدينار ويصح الاستدلال على جواز السلم بهذا الحديث. وقال آخرون من أصحابنا يكون بيعاً لأن السلم اسم هو أخص فعلى هذا يجوز أن يفترقا قبل قبض الدينار ولا يصح الاستدلال بهذا الحديث على جواز السلم.

ثم يدل على جواز السلم من طريق المعنى أن عقد البيع يجمع ثمناً ومثمناً فلما تنوع الثمن نوعين معيناً وموصوفاً وجب أن يتنوع المثمن نوعين معيناً وموصوفاً فالمعين البيوع

---

(١) ١٦١/١ تابع حديث (٥٥٨).

(٢) أخرجه أبو داود ٢٩٧/١ (٣٤٦٤).

(٣) ضعيف أخرجه أبو داود ٢٩٨/٢ (٣٤٦٨) والبيهقي في السنن ٢٥/٦ وابن ماجة (٢٢٨٣) والدارقطني (٣٠٨).

(٤) أخرجه ابن حزم في المحلى ٥٨/١٠.

الناجزة والموصوف السلم في الذمة فدل على ما ذكرنا من النص والاستدلال والمعنى على جواز السلم.

فأما الإجماع فقد انعقد من الصحابة بما روينا من حديث ابن أبي أوفى ولم يخالف بعدهم إلا ابن المسيب فقد حكيت عنه حكاية شاذة أنه أبطل السلم ومنع منه وهو إن صحت الحكاية عنه فمحجوج بإجماع من تقدموا مع ما ذكرنا من النصوص الدالة والمعنى الموجب.

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قَدْ أَذِنَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ فِي الرَّهْنِ وَالسَّلَمِ فَلَا بَأْسَ بِالرَّهْنِ وَالحَمِيلِ فِيهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال يجوز أخذ الرهن والضمين فيه.

وحكي عن سعيد بن جبير والأوزاعي أن أخذ الرهن والضمين في السلم لا يجوز لأن ذلك وثيقة في الثمن دون المثمن فأشبه بيوع الأعيان التي لا يجوز أخذ الرهن فيها وهذا خطأ لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]. ورد هذا في آية الدين فكان إباحة الرهن والسلم نصاً وفي غيره استدلالاً لأنه عقد معاوضة يصح أن يستوثق فيه بالشهادة فجاز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان كالبيع ولأن عقد البيع لمَّا لم يجز أخذ الرهن في المثمن وجاز في الثمن وجب إذا لم يجز في السلم أخذ الرهن في الثمن أن يجوز في المثمن ومن هذا الوجه سقط استدلالهم.

فصل: فإذا تقرر جواز الرهن والضمين في السلم فإن كان المأخوذ فيه رهناً كان للمسلم مطالبة المسلم إليه بحقه عند محله فإن تعذر حصول ذلك من جهته بيع الرهن بجنس الأثمان ثم اشترى بما حصل من ثمنه ما يستحقه المسلم في سلمه ولم يجز أن يباع الرهن بالسلم المستحق إلا عن رضا المسلم إليه وإذنه؛ لأن الرهون المبيعة على أربابها إنما تباع بغالب أثمانها وإن كانت الوثيقة في السلم ضماناً ضمنه فالمسلم إذاحصل حقه الخيار في مطالبة الضامن به أو المسلم إليه فإن أخذ حقه من المسلم إليه بريء وبريء الضامن معه ولو أخذ حقه من الضامن كان للضامن أن يرجع على المسلم إليه بها إذا كان ضمانه بأمره دون قيمته ولو أخذ حقه من الضامن كان للضامن أن يرجع للمسلم إليه بها إذا كان ضمانه بأمره دون قيمته سواء كان المسلم مما يضمن في المغصوب بالمثل كالحنطة أو بالقيمة كالثياب ولا يجوز للضامن مطالبة المسلم إليه بغير ما ضمن عنه قبل أدائه عنه وإنما له أن يطالبه بخلافه؛ فلو أن المسلم إليه دفع السلم إلى الضامن فإن جعله رسولاً في دفعه إلى المسلم جاز فلو تلف في يد الضامن لم يلزمه ضمانه لأنه أمين وإن دفعه إليه قضى من ضمانه لأنه لم يجز لأن الضامن يستحق القضاء بعد الأداء فلم يجز أن يقضيه ما ليس له فلو تلف

ذلك من يد الضامن كان مضموناً عليه لأنه أخذه على البدل ولو كان الضامن باعه بيعه باطلاً في الحالتين معاً لأنه باع ما لم يملكه بغير أمر مالكه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا جَازَ السَّلَمُ فِي التَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالتَّمْرُ قَدْ يَكُونُ رُطَبَاً فَقَد فَقَدْ دَلَّ عَلَى أَنَّهُ أَجَازَ الرُّطَبَ سَلَفَاً مَضْمُوناً فِي غَيْرِ حِينِهِ الَّذِي يَطِيبُ فِيهِ لأَنَّهُ إِذَا أَسْلَفَ سَنَتَيْنِ كَانَ فِي بَعْضِهَا فِي غَيْرِ حِينِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال.

السلم يجوز فيما كان موجوداً أو وقت المحل وإن كان معدوماً من قبل.

وقال أبو حنيفة: لا يصح السلم إلا فيما يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت المحل.

وقال مالك: إذا كان موجوداً وقت العقد ووقت المحل جاز السلم فيه وإن كان فيما بينهما معدوماً فاعتبر طرفي العقد لا غير.

واستدلوا برواية إسحاق عن رجل من نجران عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ تُسْلِفُوا فِي النَّخِيلِ حَتَّى يَبْدُو صَلاَحُها»[1] يعني في تمر النخل وبِنَهْيِهِ ﷺ حُكْمَاً عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ.

وقال أبو حنيفة: ولأن موت المسلم إليه قبل المحل يجوز وحلول ما عليه إن مات واجب فاقتضى أن يكون وجوده من حين العقد إلى أن يقدر السلم في بيوع الصفات كتأخير القبض في بيوع الأعيان، ثم ثبت أن ما أوجب تأخير القبض في الأعيان المبيعة ثبت الخيار ولا يبطل العقد، وجب أن يكون كل ما اقتضى تأخير القبض في الأشياء الموصوفة قد ثبت الخيار ولا يبطل العقد وجب أن يكون عدم المثمن عند حلول الأجل يوجب الخيار ولا يبطل العقد وقت المحل شرطاً لجواز أن يستحق فيه كما كان وجوده وقت المحل شرطاً لاستحقاقه فيه وهو عمدته في المسألة وقد جوَّز بعض أصحابه ذلك قياساً فقالوا كل وقت جاز أن يكون السلم فيه مستحقاً كان وجوده فيه شرطاً قياساً على وقت المحل.

وقال مالك: للعقد طرفان ابتداء وانتهاء فلما كان وجوده في انتهائه وقت المحل شرطاً اقتضى أن يكون وجوده في ابتدائه عند العقد شرطاً وتحريره أنه أحد طرفي العقد فوجب أن يكون وجود المسلم فيه شرطاً كالطرف الثاني.

واستدلا جميعاً بأن قالا ابتداء العقد أغلظ حكماً من انتهائه بدليل أن بيع الآبق وقت العقد باطل وإن وجد من بعد فلما كان وجود ذلك في انتهاء العقد شرطاً فأولى أن يكون

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٦٧) وابن ماجة (٢٢٨٥) والبيهقي ٦/٢٤.

وجوده في ابتدائه وانتهائه شرطاً؛ ولأن عقد السلم غرر فكان من شرطه أن يحرس مما يخاف حدوثه من الغرر حتى لا يكثر فيه فيبطل ذلك وعدم ذلك وقت العقد وإثباته غرر فوجب أن يحرس من العقد ولأن جهالة الشيء أيسر من عدمه فلما بطل السلم بجهالته وقت العقد فأولى أن يبطل بعدمه وقت العقد والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه حديث ابن عباس رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَدِمَ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي التَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثِ فَقَالَ ﷺ مَنْ أَسْلَفَ فليسلف فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ ومعلوم أن الثمار انما توجد في وقت من السنة وهو ﷺ قد أجاز السلم فيه سنتين وثلاثاً وهذه مدة يعدم الرطب في أكثرها فدل على جوازه وإن عدم قبل أجله؛ ولأن كل زمان لم يكن محلاً للسلم عقداً لم يكن وجوده فيه شرطاً قياساً على ما بعد الأجل ولأن كل ما لم يكن وجوده في ملك العاقد معتبراً لم يكن وجوده في ملك غيره معتبراً كالوصية، ولأن قبض السلم يفتقر إلى زمان ومكان فلما لم يكن وجوده في غير مكان القبض معتبراً وجب ألا يكون وجوده في غير زمان القبض معتبراً؛ ولأن الثمن في بيوع الأعيان في مقابلة المثمن في بيوع الصفات فلما صح في بيوع الأعيان أن يكون الثمن موجوداً وقت المحل وإن لم يكن موجوداً من قبل صح في بيوع الصفات أن يكون المثمن موجوداً وقت المحل وإن لم يكن موجوداً من قبل.

فأما الجواب عما استدلوا به من حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه ﷺ قال لَاتُسْلِفُوا فِي النَّخْلِ حَتَّى يَبْدُو صَلَاحُهُ فهو أن رواية رجل من أهل نجران مجهول لا يعول على حديثه ثم لو صح لحمل على بيوع الأعيان. وأما نهي حكيم عن بيع ما ليس عنده فمحمول على بيع ما لم يملكه من الأعيان.

وأما استدلالهم بأن السلم قد حل بموت المسلم إليه فهذا اعتبار ساقط؛ لأن العقود تحمل على السلامة، ولو جاز أن كون مثل هذا معتبراً لبطلت أكثر العقود لجواز تلفها وحدوث من صحتها ولو جاز أن يكون ما قبل المحل أجلاً مستحقاً لكان مجهولاً، ولوجب أن يكون العقد باطلاً؛ لأن العقد يبطل بالأجل المجهول وفي ترك اعتبار هذا دليل على ترك اعتبار ما قالوا.

وأما استدلال مالك بالطرف الثاني فإنما كان وجوده فيه معتبراً لاستحقاق قبضه فيه ولم يكن وجوده وقت العقد معتبر لأنه لا يستحق قبضه فيه، وأما قولهم إن العقد أقوى من حال القبض فهذا في بيوع الأعيان فأما في السلم فحال القبض والمحل أقوى من حال العقد ألا ترى أن السلم لو كان موجوداً وقت العقد معدوماً وقت المحل كان العقد باطلاً، وأما قولهم إن عقد السلم غرر فوجب أن يكون محروساً من الغرر المظنون فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه ليس بغرر كبيوع الأعيان فعلى هذا سقط الاستدلال **والثاني**: **أنه غرر** جوزه الشرع فعلى هذا يجب أن يكون محروساً من الغرر في حالتين:

إحداهما: في حال السلامة وهذا غرر في غير حال السلامة.

والثانية: من الغرر وقبل المحل وهذا غرر قبل المحل وأما قولهم أنه لما بطل بجهالته وقت العقد فأولى أن يبطل بعدمه وقت العقد فغير صحيح لأن جهالته وقت العقد يمنع من استيفاء ما يستحق بالعقد وعدمه وقت العقد لا يمنع من استيفاء ما استحق بالعقد.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ فَقَدَ الرَّطَبَ أَوْ الْعِنَبَ حَتَّى لاَ يَبْقَى مِنْهُ شَيْءٌ فِي الْبَلَدِ الَّذِي أَسْلَفَهُ فِيهِ قِيلَ الْمُسْلِفُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُرْجِعَ بِمَا بَقِيَ مِنْ سَلَفِهِ بِحِصَّتِهِ أَوْ يُؤَخِّرُ ذَلِكَ إِلَى رُطَبٍ قَابِلٍ وَقِيلَ يَنْفَسِخُ بِحِصَّتِهِ وَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ حَكِيماً عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ وَأَجَازَ السَّلَفَ فَدَلَّ أَنَّهُ نَهَى حَكِيماً عَنْ بَيْعِ مَالَيس عِنْدَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَضْمُوناً وَذَلِكَ بَيْعُ الأَعْيَانِ».

قال الماوردي: وهذا باطل إذا أسلم في ثمرة إلى أجل يوجد غالباً فيه فحل الأجل وقد أعدمت الثمرة لحاجة حدثت أو لتأخير القبض حتى فقدت ففي عقد السلم قولان:

أحدهما: قد بطل بعدمه عند الأجل لأمرين:

أحدهما: أنه سلم في معدوم فصار كما لو علما عند العقد معدوم.

والثاني: أنه لما كان تلف العين المبيعة عند استحقاق القبض مبطلاً للعقد وجب أن يكون عدم الموصوف في الذمة عند حلول الأجل مبطلاً للعقد.

والقول الثاني: وهو أصح أن العقد صحيح وللمسلم الخيار لأمرين أحدهما أن تعذر السلم في بيوع الصفات كتأخير القبض في بيوع الأعيان ثم ثبت أن ما أوجب تأخير القبض في الأعيان المبيعة يثبت الخيار ولا يبطل العقد وجب أن يكون ما اقتضى تأخير القبض في الأشياء الموصوفة يثبت الخيار ولا يبطل العقد وجب أن يكون عدم المثمن عند حلول الأجل يوجب الخيار ولا يبطل العقد.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فإن قلنا ببطلان العقد وجب استرجاع الثمن ولا خيار. فلو اختلفا في قدر الثمن فالقول فيه قول البائع المسلم إليه مع يمينه لأنه غارم فإن أراد أن يجعل الثمن مسلماً في غيره لم يجز إلا بعد قبضه؛ لأن لا يكون ديناً بدين ولو كان المسلم قد أخذ بالسلم رهناً لم يكن له حبس الرهن على الثمن، وقال أبو حنيفة له ذلك لقيام الثمن بعد الفسخ مقام الأجل وهذا خطأ؛ لأن الأجل قد يبطل فلم يجز أن يبقي ما كان معقوداً به وإنما يبطل البيع ببطلان الثمن فإن قلنا إن العقد لا يبطل فالمسلم بالخيار بين أن يفسخ العقد ويسترجع الثمن وبين أن يقيم على العقد إلى وجود ذلك في العام المقبل وإنما يثبت

له الخيار لأن التأخير نقص فـإذا ثبت له الخيـار وفي هذا الخيـار وجهان كمـا قلنا في الخيـار المستحق في البيع عند تلقي الركبان:

أحدهما: أنه على الفور كخيار العيب.

والثاني: أنه ممتد إلى ثلاثـة أيام فـإن فسخ استـرجع الثمن وإن أقـام لذمـه الصبر إلى العام المقبل ولم يكن له الفسخ قبله.

فإن جاء العام المقبل والثمرة أيضاً معدومة فله الخيار أيضاً بعدم الثمرة في العام الثاني بين الفسخ واسترجاع الثمن أو المقام إلى العام الثالث ثم هكذا في كل عام ثـان **فلو** لم تكن الثمرة معدومة ولكن عزت وغلت فالعقد صحيح قول واحد يؤخذ المسلم إليه بدفع ذلك مـع عزته وغلو سعره فإن ضاق به أو أعسر عنه صار كالمفلس فيكون للمسلم الخيار.

فصل: وأما إن وجد بعض الثمرة التي أسلم فيها وعدم باقيها لتأخير القبض حتى نفذت أو لجائحة حدثت فالمسلم في المعدوم الباقي على القولين الماضيين.

أحدهما: جائز فعلى هذا هو في الموجود أجوز.

والثاني: أنه في المعدوم باطل فعلى هذا إن قيل بجواز تفريق الصفقة كـان السلم في الموجود وإن قيل إن تفريق الصفقـة لا يجوز فهـذا فساد طـرأ على بعض الصفقة مـع تقدمـه صحتها فيكون على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن ما طرأ على الصفقة من الفساد بعد العقد كان لفساد المقارن للعقد فيجعل العقد في الجميع باطلاً.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا الفساد الطارىء على الصفقـة لمعنى حادث لم يبطل الباقي منها فيكون العقد في الموجود جائـزاً وفي المعدوم بـاطلاً فيخـرج السلم في الجميع على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أنه في الكل باطل ويسترجع المسلم الثمن.

والمذهب الثاني: السلم في الموجود جائز وفي المعـدوم باطـل وللمسلم الخيار بين الفسخ واسترجـاع الثمن أو المقام على المـوجود بحسـابه من الثمن وقسـطه قولاً واحـداً ولا خيار للمسلم إليه وجهاً واحداً.

والمـذهب الثالث: أن السلم في الكـل جائـز فيكون المسلم بـالخيـار بين أن يفسـخ العقـد في الجميع ويستـرجـع الثمن وبين أن يقيم على العقـد وبين أن يقيم على العقـد في المعدوم فعلى قولين من تفريق الصفقة:

أحدهما: لايجوز إذا منع من تفريق الصفقة.

والثاني: يجوز إذا أجيز تفريق الصفقة فعلى هذا بما يقيم على الموجود على قولين:

أحدهما: يقيم عليه بجميع الثمن وإلا فسخ.

والثاني: بالحساب والقسط وهو أصح فعلى هذا هل يكون للمسلم إليه الخيار أم لا؟ على وجهين.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا أَجَازَهُ ﷺ بِصِفَةٍ مَضْمُوناً إِلَى أَجَلٍ كَانَ حَالاًّ أَجْوَزَ وَمِنَ الْغَرَرِ أَبْعَدَ فَأَجَازَهُ عَطَاءُ حَالاًّ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: يجوز عقد السلم حالاً ومؤجلاً وقال مالك، وأبو حنيفة: لايجوز السلم حالاً حتى يكون مؤجلاً إلا أن أبا حنيفة يقول: يجوز إلى كل أجل قل أو كثر، وقال مالك: لا يجوز الأجل فيه أقل من ثلاثة أيام.

واستدلا على أن الأجل من شرطه بحديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: « مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ ». فجعل الأجل فيه شرطاً، ولأن عقد السلم يجمع ثمناً ومثمناً فلما كان الثمن لا يقع إلا على وجه واحد وهو التعجيل اقتضى أن يكون المثمن لا يقع إلا على وجه واحد وهو التأجيل.

وتحريره قياساً أنه أحد بدلي المسلم فوجب ألا يقع على وجه واحد كالثمن؛ ولأن عقد السلم كعقد الإجارة؛ لأن كل واحد منهما عقد على ما لا يملكه العاقد في الحال ثم أثبت أن الأجل شرط في عقد الإجارة فوجب أن يكون شرطاً في عقد السلم وتحريره قياساً أنه عقد ليس من شرطه وجود المعقود عليه في ملك عاقده فوجب أن يكون الأجل من شرطه كالإجارة ولأن عقد السلم موضوع على ارتفاق العاقدين به وارتفاق المشتري باسترخاصه وارتفاق البائع بتأخيره فإذا عقد حالاً زال وضع حق حمل البائع به فبطل لخروجه عن موضوعه ولأن السلم إنما سمي سلماً لاختصاصه بتأجيل المثمن وتسليم الثمن فلم يجز أن يعدل به عما وضع الاسم له.

والدلالة على جوازه حالاً قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة ٢٧٥] ولأنه عقد معاوضة محضة فجاز أن يصح مؤجلاً ومعجلاً كالبيع ولأن عقد البيع يتنوع نوعين بيع عين وبيع صفة فلما صحت بيوع الأعيان حالة وجب أن يصح بيوع الصفات حالة.

وتحريره قياساً: أنه أحد نوعي البيع فوجب أن يصح حالاً كبيوع الأعيان؛ ولأن الثمن في بيوع الأعيان مؤجلاً ومعجلاً جاز أن يكون المثمن في بيع الصفات مؤجلاً ومعجلاً وتحريره قياساً أن ما تعلق بالذمة من عقد المعاوضة دخله التعجيل والتأجيل كالثمن ولأنها مدة ملحقة بعد معاوضة محضة فوجب ألا يكون شرطاً فيه كالخيار وكالأجل في بيوع الأعيان، ولأنه عقد معلوم ليس من شرطه التنجيم فوجب ألا يكون من شرطه التأجيل

كالنكاح ولما ذكره الشافعي في أن الأجل غرر فلما جاز السلم مؤجلاً مع ما فيه من الغرر كان حالاً أجور لأنه من الغرر أبعد.

فأما الجواب عن استدلالهم بقوله ﷺ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ فهو محمول على سببه المنقول عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قَدِمَ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِمُونَ فِي الثَّمَرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثِ فَقَالَ: مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ.

فيكون تقرير ذلك فمن أسلم في مكيل فليكن الكيل معلوماً، ومن أسلم في موزون فليكن الوزن معلوماً ومن أسلم في مؤجل فليكن الأجل معلوماً يدل على ذلك من الحديثان:

أحدهما: جواز السلم فيما ليس بمكيل ولا بموزون في العدد المزروع ولم يكن الكيل والوزن شرطاً في كل سلم كذلك يجوز في غير المؤجل ولا يكون الأجل شرطاً في كل سلم.

والثاني: أنه جمع بين الحدين الكيل والوزن واجتماعهما ليس بشرط كذلك ضم الأجل إليهما ليس بشرط.

وأما قولهم إنه أحد بدلي السلم فكان على جهة واحدة كالثمن فلا يصح لأنه رد الفرع إلى الأصل لأن الثمن لا يدخله الأصل.

والمراد بهذا القياس أن يلزم في المثمن الأجل وهذا لا يصح ثم يقول الثمن في السلم في مقابلة المثمن في بيوع الأعيان لاستحقاق تعجيلها وسقوط الأجل فيها ثم كان ما في مقابلة العين من المثمن يصح أن يكون مؤجلاً ومعجلاً وجب أن يكون ما في مقابلة الثمن في السلم يصح أن يكون مؤجلاً ومعجلاً وأما قياسهم على الإجارة فالإجارة على ضربين تكون المنفعة فيها مقدرة بغير مدة فهذه الإجارة تجوز حالاً ومؤجلة فإن ردوه إليها لم يصح وضرب تكون المنفعة فيها لا تتقدر إلا بالمدة فلا بد من شرط المدة فيها لتصير المنفعة مقدرة فيها ولا يصح رد السلم إليها؛ لأن السلم لما تقدر بغير مدة لم يلزم فيه اشتراط المدة.

وأما قولهم إن موضوع السلم ارتفاق المتعاقدين به في إسقاط الأجل إبطال موضوعه فهذه حجة تقلب عليهم فيقال لما كان ما وضع له السلم من رفق المشتري بالاسترخاص ليس بشرط في صحة السلم حتى لو أسلم ديناراً فيما يساوي درهماً جاز وجب أن يكون ما وضع له من رفق البائع بالأجل ليس بشرط في صحة السلم ولو أسلم حالاً جاز وأما قولهم إنه إنما اختص باسم السلم لاستحقاق الأجل فدعوى غير مسلم بل سمي سلماً لاستحقاق تسليم جميع الثمن.

فصل. فإذا ثبت جواز السلم حالاً ومؤجلاً فقد اختلف أصحابنا هل الأصل فيه التأجيل أو الحلول رخصة أو الأصل فيه الحلول والتأجيل رخصة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الأصل فيه التأجيل لانعقاد الإجماع على جوازه، والحلول رخصة فيه.

والوجه الثاني: أن الأصل فيه الحلول لانتفاء الغرر فيه والتأجيل رخصة.

والوجه الثالث: أن الأمرين فيه سواء وليس أحدهما أن يكون أصلاً بأولى من الآخر لقيام الدلالة عليهما وجواز السلم معهما ولهذا الخلاف تأثير نذكره من بعد إن شاء الله تعالى:

مسألة: **(قَالَ المزني)** قُلْتُ أَنَا وَالَّذِي اخْتَارَ الشَّافِعِيُّ أَنْ لاَ يُسَلِّفَ جُزَافاً مِنْ ثِيَابٍ وَلاَ غَيرِهَا وَلَوْ كَانَ دِرْهَماً حَتَّى يَصِفَهُ بِوَزْنِهِ وَسِكَّتِهِ وَبِأَنَّهُ وَضَحٌ أَوْ أَسْوَدُ كَمَا يَصِفُ مَا أَسْلَمَ فِيهِ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا فَقَدْ أَجَازَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَنْ يَدْفَعَ سِلْعَتَهُ غَيرَ مَكِيلَةٍ وَلاَ مَوزُونَةٍ فِي سَلَمٍ (قال المزني) وَهَذَا أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا كان الثمن في السلم مشاهداً فهل يلزم صفته جنساً وقدراً على قولين:

أحدهما: أن من شرط صحة السلم صفة الثمن كما أن صحته صفة المثمن؛ ولأن عقد السلم غير منبرم لأنه متردد بين وجود السلم فيستحق المطالبة به وبين عدمه فيستحق المطالبة بثمنه وما استحق الرجوع ببدله لم تغنِ مشاهدته عن صفته كالقرض ومال القراض لما استحق الرجوع ببدله افتقر إلى صفة جنسه وقدره ولم تغن المشاهدة عن صفته.

والقول الثاني: وهو أصح واختاره المزني أن مشاهدة الثمن في السلم تغني عن صفته.

لقوله ﷺ: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ» فلو كان الثمن يحتاج إلى مثل هذه الصفة لبينها لهم مع حاجتهم إليها كما بين صفة السلم لحاجتهم إليها؛ ولأن بيوع الأعيان قد يكون الثمن فيها معيناً تارة فلا يفتقر إلى الصفة وفي الذمة تارة فيفتقر إلى الصفة كذلك السلم لما تعين فيه الثمن لم يفتقر إلى الصفة ولما لم يتعين فيه الثمن افتقر إلى الصفة فهذا توجيه القولين.

وقال أبو حنيفة: إن كان الثمن مكيلاً أو موزوناً افتقر إلى الصفة وإن كان غير مكيل ولا موزون كالثوب والعبد لم يفتقر إلى الصفة.

ولو قلب هذا على أبي حنيفة لكان أولى لأن الرجوع ببدل ماله مثل أسهل من الرجوع بقيمة ما ليس له مثل فاقتضى أن تكون صفة ما ليس له مثل مستحقه ليعلم بها القيمة وصفة ماله مثل غير مستحقه لأنه لا يفتقر إلى القيمة فلما بطل هذا بطل ما قاله وليس إلا واحد من القولين إما أن يستحق الصفة في كل الثمن أو لا يستحق في كل الثمن.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه القولين فلا يخلو حال الثمن في السلم من أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون مشاهداً موصوفاً فهذا جائز على القولين معاً لانتفاء الجهالة عنه بمشاهدته وانتفاء الغرر عنه بصفته.

والضرب الثاني: أن يكون غير مشاهد ولا موصوف فهذا باطل على القولين معاً للجهالة به.

والضرب الثالث: أن يكون موصوفاً غير مشاهد وهو أن يقول قد أسلمت إليك عشرة دنانير يصفها في عشرة أثواب يصفها ثم يتقابضا الدنانير في المجلس على الصفة المشروطة.

فذهب أبو العباس بن رجاء البصري من أصحابنا إلى أنه سلم باطل؛ لأنه يصير كلا البدلين موصوفاً وذلك غير جائز ألا ترى أن بيوع الأعيان لما كان أحد البدلين فيه موصوفاً وهو الثمن لم يجز أن يكون البدل الآخر موصوفاً وهو المثمن. وقال جمهور أصحابنا البغداديين: إن السلم جائز لأن ما كان موصوفاً وأمكن استيفاؤه على صفته استغني عن مشاهدته كالثمن في بيوع الأعيان، وهذا الاختلاف ينبني على اختلاف قوليه في بيع العين الغائبة على خيار الرؤية.

والضرب الرابع: أن يكون الثمن مشاهداً غير موصوف وهو أن يقول قد أسلمت إليك هذه الدنانير التي قد شاهدتها في عشرة أثواب من حالها وصفتها فهذا على القولين اللذين ذكرناهما:

أحدهما: أنه باطل إذا قيل إن صفة الثمن شرط.

والثاني: أنه جائز إذا قيل إن صفة الثمن ليست بشرط ثم يتفرع على هذين القولين ثلاث مسائل إحداها أن يكون في السلم مما لا يجوز فيه السلم ولا ينضبط بالصفة كاللؤلؤ والجوهر فيكون جواز السلم إذا كان هذا ثمناً على قولين:

أحدهما: يجوز إذا قلنا إن صفة الثمن المشاهد شرط؛ لأن صفته مقدرة.

والمسألة الثانية: أن يسلم شيئاً واحداً في جنسين مختلفين كما أسلم عشرة دنانير في كر حنطة وكر شعير أو في خمسة أثواب قطن وخمسة أثواب كتان فيكون السلم على قولين:

أحدهما: لا يصح حتى يذكر قسط كل جنس من الثمن على القول الذي يوجب فيه الوصف الثمن.

والقول الثاني: يصح السلم وإن لم يذكر قسط كل جنس من الثمن على القول الذي

لايوجب فيه وصف الثمن فأما إن استلم مائة دينار في عشرة أكرار حنطة لم يلزمه أن يذكر قسط كل كر من الثمن قولاً واحداً؛ لأن الجنس واحد والثمن على أجزائه متقسط.

والمسألة الثالثة: أن يسلم ثمناً واحداً من جنس واحد إلى أجلين مختلفين كأنه أسلم في كرين من حنطة:

أحدهما: إلى أجل شهر، والآخر إلى أجل شهرين أو أحدهما حال والآخر مؤجل فيكون السلم فيه على قولين:

أحدهما: باطل على القول الذي يوجب فيه وصف الثمن حتى يميز ثمن الحال من ثمن المؤجل؛ لأن ثمنهما مختلف فلا يصير معلوماً القدر إلا بالصفة.

والقول الثاني: إن السلم جائز على القول الذي لا يوجب فيه وصف الثمن.

ولكن لو أسلم في كرين من حنطة على أن يأخذ بأحدهما رهناً وضميناً جاز على القولين معاً وإن لم يذكر قسط ما يأخذ فيه الرهن من غيره لأنها وثيقة لا تتعلق بالثمن.

مسألة: **(وقال المزني)** وَالَّذِي أَحْتَجُّ بِهِ فِي تَجْوِيزِ السلم فِي الْحَيَوَانِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَسَلَّفَ بِكْراً فَصَارَ بِهِ عَلَيهِ حَيَوَاناً مَضْمُوناً وَأَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَاعَ جَمَلاً بِعِشْرِينَ جَمَلاً إِلَى أَجَلٍ وَإِنَّ ابْنَ عُمَرَ اشْتَرَى رَاحِلَةً بِأَرْبَعَةِ أَبْعِرَةٍ إِلَى أَجَلٍ (قال المزني) قُلْتُ أَنَا وَهَذَا مِنَ الجُزَافِ الْعَاجِلِ فِي المَوصُوفِ الآجِلِ».

قال الماوردي: وهذا الفصل حكاه المزني عن الشافعي وأراد به الشافعي شيئاً وأراد به المزني غيره فأما مراد الشافعي به فهو جواز السلم في الحيوان وهو في الصحابة قول عليّ وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم - وفي التابعين قول سعيد بن المسيب والحسن البصري والنخعي وفي الفقهاء قول مالك وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: السلم في الحيوان لا يجوز وهو قول ابن مسعود في إحدى الروايتين عن عمر.

احتجاجاً برواية ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفَ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ» فكان ظاهر هذا يقتضي أن يكون ما يقدر بالكيل والوزن شرطاً في جواز السلم وبما روى قتادة عن الحسن عن سمرة أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نسيئة، فمنع من النساء فيه؛ لأنه لا يثبت في الذمة وما لا يثبت في الذمة يجوز فيه السلم.

وروى جابر قال: سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ وَاحِدٍ بِاثْنَيْنِ فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ يَداً بِيَدٍ وَلَا خَيْرَ فِيهِ نِسَاءً.

قالوا: ولأن الجلود والأكارع والروس بعض الحيوان والسلم فيها لا يجوز، فلأن لا يجوز السلم في جميعه أولى، وتحريره قياساً أن ما لا يجوز في بعضه لم يجز السلم في كله كالجواهر. قالوا ولأن الحيوان يجمع أشياء متغايرة لأنه يجمع لحماً وشحماً وجلداً وعظماً. وما اختلفت أنواعه وتغايرت أخلاطه لا يصح فيه السلم كالمعجونات وكذلك الحيوان.

قالوا: ولأن الحيوان لا يضبط بالصفة المقصودة منه لأنه إن كان من الإبل العوامل فالمقصود منه قوته وصبره، وإن كان من السوائم فالمقصود منه كثرة الدر وصحة النتاج، وإن كان للركوب فالمقصود منه سرعة المشي ووطء الظهر، وإن كان عبداً فالمقصود منه ثقته وخدمته، وإن كانت جارية فالمقصود منها جمال محاسنها وحلاوة شمائلها وعفة فرجها، وكل هذه الأوصاف غير مضبوطة بل هي بغير المشاهدة غير معلومة إلا بالتجربة والخبرة.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه في جواز السلم فيه حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَهَّزَ جَيْشاً فَعَزُتِ الإِبِلُ فَأَمَرَنِي أَنْ آخُذَ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ.

فلما بطل أن يكون هذا قرضاً لظهور الفضل فيه تبين أنه سلم وروى أبو الزبير عن جابر أَنَّ عَبْدَاً بَايَعَ النَّبِيَّ ﷺ عَلَى الْهِجْرَةِ فَجَاءَ سَيِّدُهُ يُرِيدُهُ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِعْنِيهِ فَاشْتَرَاهُ مِنْهُ بِعَبْدَيْنِ أَسْوَدَيْنِ.

ولأن كل عين صح ثبوتها في الذمة مهراً صح ثبوتها في الذمة سلماً كالثياب طرداً والجوهر عكسا، ولأن كل ما صح أن يكون في الذمة عوضاً في عقد الكتابة صح أن يكون في الذمة سلماً كالحنطة، ولأنه عقد معاوضة فجاز أن يكون الحيوان في الذمة عوضاً فيه كالنكاح والكتابة، ولأنه جنس يجب فيه الصدقة فجاز فيه السلم كالحبوب.

ولأن الحيوان مضبوط الصفة شرعاً وعرفاً أما الشرع فقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ادْعُ لَنَا رَبَّكَ يُبَيِّنْ لَنَا مَا هِيَ إِنَّ الْبَقَرَ تَشَابَهَ عَلَيْنَا وَإِنَّا إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمُهْتَدُونَ قَالَ إِنَّهُ يَقُولُ إِنَّهَا بَقَرَةٌ لَا ذَلُولٌ تُثِيرُ الْأَرْضَ﴾ الآية، إلى قوله تعالى ﴿الْآنَ جِئْتَ بِالْحَقِّ﴾ [البقرة: ٦٧: ٧١]. قال قتادة معناه الآن ثبت الحق.

فلولا أن الصفة مضبوطة لم يكن فيها بيان وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا تَصِفُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ لِزَوْجِهَا حَتَّى كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا»(١).

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ١٠/١٧٣ وابن عبد البر في التمهيد ٤/٦٥ وبنحوه عن البخاري ٧/٤٩ ـ ٥٠ (دار الفكر) وأبو داود (٢١٥٠) والترمذي (٢٧٩٢) وأحمد في المسند ١/٢٤٦ وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١٩٦٢) والطحاوي في معاني الآثار ٤/٢٦٩.

لولا أن الوصف لها يقوم مقام النظر إليها لم ينه عنه.

وأما العرف فهو أن العرب قد كانت تكتفي بالصفة عن المشاهدة حتى وصفوا رسول الله ﷺ بصفاته حتى كأنه مشاهد، وإذا أرادوا أن يعرضوا فرساً للبيع أو غيره وصفوه صفة تغني عن المشاهدة، وقد قال بعض الشعراء: «من وصفك فقد سماك العرب»، وإذا ضبط صفة الحيوان بأي صفة بما ذكرنا من الشرع والعرف صح فيه السلم كغيره من الموصوفات.

فأما الجواب عن حديث ابن عباس رضي الله عنه فهو أنه محمول على ما ورد فيه من النهي بدلالة جواز السلم فيما ليس بمكيل ولا موزون من المزروع والمعدود.

وأما الجواب عن خبري سمرة وجابر رضي الله عنهما فمن وجهين: **أحدهما** أنه يقتضي أن يكون المنع لأجل النساء وأنتم تمنعون منه لأنه غير مضبوط بالصفة فلم يسلم الدليل منه، **والثاني**: أنه محمول على النساء إذا كان من الطرفين معاً.

فصل: فأما قصد المزني به فهو أن يحتج به على أن مشاهدة الثمن تغني عن الصفة، لأن هذه الأخبار فيها أنهم وصفوا ما دفعوه من الحيوان سلفاً فاقتصروا على المشاهدة وهذا الذي قاله المزني ليس بدليل، لأن المقصود بها جواز السلم في الحيوان فاقتصر الراوي على ذكره ولم يقصد شرطه بالصفة ألا ترى أن المسلم فيه لابد من صفته وليس في الخبر ذكرها فكذلك الثمن لا يمنع أن يلزم وصفه وإن لم يكن في الخبر ذكره.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الجلد لما لم يجز السلم فيه وهو بعض الحيوان كان جميع الحيوان أولى فهذا مما لا يصح اعتباره والأصول تدفعه ألا ترى أن الحمل لا يصح بيعه ويصح بيع الأم مع حملها فكذا الجلد وإن لم يصح السلم فيه لا يمنع من السلم في الحيوان.

وأما الجواب عن قولهم إن الحيوان يجمع أشياء مختلفة فلم يجز السلم فيه كالمعجونات فهو أن جملة الحيوان مقصود وليس تقدير ما فيه من أنواعه مقصود وهو متشاغل الخلقة وكل ما فيه مقدر وليس كالمعجونات التي يقصد منها تقدير أنواعها وإذا صبغها الآدميون أمكنهم زيادة جنس ونقصان غيره فاختلفا. وأما قوله إنه غير مضبوط الصفة فقد دللنا على أنه مضبوط الصفة بالشرع والعرف فدل بما ذكرنا على جواز السلم في الحيوان وهو ما قصده الشافعي بهذا الفصل.

فصل: فإذا ثبت جواز السلم في الحيوان فكما جاز أن يكون ثمناً في السلم في غير الحيوان جاز أن يكون ثمناً في السلم في الحيوان سواء كان من جنسه كالإبل سلماً في الإبل أو من غير جنسها كالإبل سلماً في البقر إلا الجواري سلماً في الجواري ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق لا يجوز أن يدفع جارية سلماً من جارية لعلتين:

الأولى: أنه قد يجوز أن تكون الجارية التي هي الثمن عند حلول الأجل على صفة الجارية التي هي المثمن فيدفعها إليه فيصير الثمن والمثمن واحداً وهذه العلة فاسدة يسلم البعير في البعير.

والعلة الثانية: أنه قد يقبض الجارية على صفة المسلم فيها فيردها ويصير مستمتعاً بها بغير بدل وهذه العلة فاسدة بالمنع إذا رد بالعيب.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا أنه يجوزأن يكون الثمن جارية سلماً في جارية كما يجوز أن يكون العبد سلماً في عبد، والفرس سلماً في فرس فعلى هذا إذا كان العبد الذي هو الثمن على مثل صفة العبد الذي هو المثمن أو كانت الجارية التي هي الثمن مثل الجارية التي هي المثمن فدفعها المسلم إليه كما وجب عليه. فهل يلزم المسلم قبولها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه قبولها، لأنه قد صار مالكاً للثمن كسائر أملاكه. فيلزمه قبولها إذا دفعها إليه كما يلزمه قبول غيرها من أملاكه.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ لَمْ يَذْكُرَا فِي السَّلَمِ أَجَلاً فَذَكَرَاهُ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا جَازَ وَلَوْ أَوْجَبَاهُ بَعْدَ التَّفَرُّقِ لَمْ يَجُزْ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا يخلو حال متعاقدي السلم من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعقداه مؤجلاً.

والثاني: أن يعقداه حالاً.

والثالث: أن يعقداه مطلقاً. فإن عقداه حالاً كان على حلوله. وإن عقداه مطلقاً لم يخل حال المسلم فيه من أن يكون موجوداً في الحال أو معدوماً فإن كان معدوماً بطل السلم؛ لأن الحلول لا يصح فيه والأجل لا يتقدر بإطلاقه، وإن كان موجوداً ففي عقد السلم وجهان مبنيان على اختلاف وجهي أصحابنا في السلم هل هو الأصل فيه الحلول أو التأجيل؟

أحدهما: أن السلم باطل إذا قيل الأصل فيه التأجيل؛ لأن إطلاقه يوجب رده إلى أصله، ورده إلى الأصل في الأجل إذا لم يتقدر بالشرط باطل.

والثاني: أن السلم جائز ويكون حالاً إذا قيل الأصل فيه الحلول؛ لأن إطلاقه يقتضيه.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من الحلول والتأجيل فيه بعقد ثبت فيه خيار المجلس ولا يثبت فيه خيار الشرط وقد عللنا ذلك في باب الخيار فيما لم يفترقا، والعقد غير منبرم فإذا

افترقا عليه فقد لزم فعلى هذا لو عقداه حالاً ثم أجلاه قبل افتراقهما ثبت مؤجلاً على ما افترقا عليه كذا لو زادا في الأجل أو نقصا منه أو زادا في الثمن أو نقصا منه ثبت العقد على ما افترقا عليه من زيادة ونقصان فأما إذا عقداه على صفة وافترقا عليها ثم أجلا ما كان معجلاًأو عجلا ما كان مؤجلاً أو زادا في الأجل أو نقصا عنه لم يلزم ما أخذناه بعد الافتراق وكان العقد لازماً على ما افترقا عليه؛ لأن العقد لا يلحقه التغيير بعد التفرق.

وخالف أبو حنيفة فيه وقد مضى الكلام معه فعلى هذا لو عقداه حالاً وافترقا ثم جعلاه مؤجلاً لم يلزم فيه الأجل ويستحب للمسلم أن لو وفى بالوعد وصبر به إلى الأجل وكذا لو عقداه مؤجلاً ثم جعلاه حالاً بعد التفرق لم يلزم فيه الحلول ويستحب للمسلم إليه أن لو وفى بالوعد، وعجل ذلك قبل الأجل ولو اختلفا بعد التفرق في الحلول والتأجيل ولو اختلفا فيه قبل التفرق فلا عقد بينهما.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَجُوزُ فِي السَّلَفِ حَتَّى يَدْفَعَ الثَّمَنَ قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهُ وَيَكُونَ مَا سُلِّفَ فِيهِ مَوْصُوفاً وَإِنْ كَانَ مَا سُلِّفَ فِيهِ بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ بِهَا وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ جَازَ قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ فَلَمْ يَجْعَلْ لأَهْلِ الإِسْلَامِ عَلَماً إِلَّا بِهَا فَلَا يَجُوزُ إِلَى الْحَصَادِ وَالْعَطَاءِ لِتَأْخِيرِ ذَلِكَ وَتَقْدِيمِهِ وَلَا إِلَى فَصْحِ النَّصَارَى وَقَدْ يَكُونُ عاماً فِي شَهْرٍ وَعَاماً فِي غَيْرِهِ عَلَى حِسَابٍ يَنْسِئُونَ فِيهِ أَيَّاماً فَلَوْ أَجَزْنَاهُ كُنَّا قَدْ عَمِلْنَا فِي دِينِنَا بِشَهَادَةِ النَّصَارَى وَهَذَا غَيْرُ حَلَالٍ لِلْمُسْلِمِينَ وَلَوْ كَانَ أَجَلُهُ إِلَى يَوْمِ كَذَا فَحَتَّى يَطْلُعَ فَجْرُ ذَلِكَ الْيَوْمِ (قال) وَإِنْ كَانَ مَا سُلِّفَ فِيهِ مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ سُمِّيَا مِكْيَالاً مَعْرُوفاً عِنْدَ الْعَامَّةِ وَيَكُونُ الْمُسَلَّفُ فِيهِ مَأْمُوناً فِي مَحَلِّهِ فَإِنْ كَانَ تَمْراً قَالَ صَيحاني أو بردي أَوْ كَذَا وَإِنْ كَانَ حِنْطَةً قَالَ شَامِيَّةٌ أَوْ مِيْسَانِيَّةٌ أَوْ كَذَا وَإِنْ كَانَ يَخْلِفُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ بالحدارة والرقة وَصْفاً مَا يَضْبِطَانَهُ بِهِ وَقَالَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ جَيِّداً وَأَجَلاً مَعْلُوماً أَوْ قَالَ حَالاً وَعَتِيقاً مِنَ الطَّعَامِ أَوْ جَدِيداً وَأَنْ يَصِفَ ذَلِكَ بِحَصَادِ عَامِ كَذَا مُسَمَّى أَصَحّ وَيَكُونَ الْمَوْضِعُ مَعْرُوفاً وَلَا يُسْتَغْنَى فِي الْعَسَلِ مِنْ أَنْ يَصِفَهُ بِبَيَاضٍ أَوْ صُفْرَةٍ أَوْ خُضْرَةٍ لأَنَّهُ يَتَبَايَنُ فِي ذَلِكَ وَلَوِ اشْتَرَطَا أَجْوَدَ الطَّعَامِ أَوْ أَرْدَأَهُ لَمْ يَجُزْ لأَنَّهُ لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ وَلَوْ كَانَ مَا أَسْلَفَ فِيهِ رَقِيقاً قال عَبْداً نُوبِيًّا خُمَاسِيًّا أَوْ سُدَاسِيًّا أَوْ مُحْتَلِماً وَوَصَفَ سِنَّهُ وَأَسْوَدُ هُوَ أَوْ وَضِيءٌ أَبْيَضُ أَوْ أَصْفَرُ أَوْ أَسْحَمُ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ جَارِيَةً وَصَفَهَا وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ مَعَهَا وَلَدَهَا وَلَا أَنَّهَا حُبْلَى وَإِنْ كَانَ فِي بَعِيرٍ قَالَ مِنْ نَعَمِ بَنِي فُلَانٍ من ثني غير مودن نَقِيٌّ مِنَ الْعُيُوبِ سبط الْخَلْقِ أَحْمَرُ مُجفرُ الْجَنْبَيْنِ رِبَاعٌ أَوْ قَالَ بَازِلٌ وَهَكَذَا الدَّوَابُّ يَصِفُهَا بِنِتَاجِهَا وَجِنْسِهَا وَأَلْوَانِهَا وَأَسْنَانِهَا

وَيَصِفُ الثِّيَابَ بِالْجِنْسِ مِنْ كَتَّانٍ أَوْ قُطْنٍ أَوْ وَشْيٍ إِسْكَنْدَرَانِيٍّ أَوْ يَمَانِيٍّ وَنَسْجِ بَلَدِهِ وَذَرْعِهِ مِنْ عَرْضٍ وَطُولٍ أَوْ صَفَاقَةٍ أَوْ دِقَّةٍ أَوْ جَوْدَةٍ وَهَكَذَا النُّحَاسُ يَصِفُهُ أَبْيَضُ أو شبه أَوْ أَحْمَرُ وَيَصِفُ الْحَدِيدَ ذَكَراً أَوْ أُنْثَى وَبِجِنْسٍ إِنْ كَانَ لَهُ فِي نَحْوِ ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ فِي لَحْمٍ قَالَ لَحْمُ مَاعِزٍ ذَكَرٍ خَصِيٍّ أَوْ غَيْرِ خَصِيٍّ أَوْ لَحْمِ مَاعِزَةٍ ثَنِيَّةٍ أَوْ ثَنِيٍّ أَوْ جِذْعٍ رَضِيعٍ أَوْ فَطِيمٍ وَسَمِينٍ أَوْ منقى مِنْ فَخِذٍ أَوْ يَدٍ وَيُشْتَرَطُ الْوَزْنُ فِي نَحْوِ ذَلِكَ وَيَقُولُ فِي لَحْمِ الْبَعِيرِ خَاصَّةً بَعِيرٌ رَاعٍ مِنْ قِبَلِ اخْتِلَافِ لَحْمِ الرَّاعِي وَلَحمِ الْمَعْلُوفِ وَأَكْرَهُ اشْتِرَاطَ الأَعْجَفِ وَالْمَشْوِيِّ وَالْمَطْبُوخِ وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي لُحُومِ الصَّيْدِ إِذَا كَانَتْ بِبَلَدٍ لَا تَخْتَلِفُ وَيَقُولُ فِي السَّمْنِ سَمْنُ مَاعِزٍ أَوْ ضَأْنٍ أَوْ بَقَرٍ وَإِنْ كَانَ مِنْهَا شَيْءٌ يَخْتَلِفُ بِبَلَدٍ سَمَّاهُ وَيَصِفُ اللَّبَنَ كَالسَّمْنِ فَإِنْ كَانَ لَبَنَ إِبِلٍ قَالَ لَبَنُ عود أَوْ أوارك أَوْ حِمْضِيَّةٍ وَيَقُولُ رَاعِيَةٌ أَوْ مَعْلُوفَةٌ لِاخْتِلَافِ أَلْبَانِهَا فِي الثَّمَنِ وَالصِّحَّةِ وَيَقُولُ حَلِيبُ يَوْمِهِ وَلَا يُسَلِّفُ فِي اللَّبَنِ المَخِيضِ لأَنَّ فِيهِ مَاءً وَهَكَذَا كُلُّ مُخْتَلِطٍ بِغَيْرِهِ لا يُعْرَفُ أَوْ مُصْلَحٍ بِغَيْرِهِ (قال المزني) يَدْخُلُ فِي هَذَا الطِّيبُ الْغَالِيَةُ وَالأَدْهَانُ المُرَبَّبَةُ وَنَحْوُهَا (قال الشافعي) وَلَا خَيْرَ فِي أَنْ يُسَمَّى لَبَناً حَامِضاً لأَنَّ زِيَادَةَ حُمُوضَتِهِ زِيَادَةُ نَقْصٍ وَيُوصَفُ اللِّبأ كَاللَّبَنِ إِلَّا أَنَّهُ مَوْزُونٌ وَيَقُولُ فِي الصُّوفِ صُوفُ ضَأْنِ بَلَدِ كَذَا لِاخْتِلَافِهِ فِي الْبُلْدَانِ وَيُسَمَّى لَوْناً لِاخْتِلَافِ أَلْوَانِهَا وَيَقُولُ جَيِّداً نَقِيّاً وَمَغْسُولاً لِمَا يَعْلَقُ بِهِ فَيَثْقُلُ فَيُسَمَّى قِصَاراً أَوْ طِوَالاً بِوَزْنٍ وَإِنِ اخْتَلَفَ صُوفُ فُحُولِهَا مِنْ غَيْرِهَا وَصْفاً مَا يَخْتَلِفُ وَكَذَلِكَ الْوَبَرُ وَالشَّعْرُ وَيَقُولُ فِي الْكُرْسُفِ كُرْسُفُ بَلَدِ كَذَا وَيَقُولُ جَيِّداً أَبْيَضَ نَقِيًّا أَوْ أَسْمَرَ وَإِنِ اخْتَلَفَ قَدِيمُهُ وَجَدِيدُهُ سَمَّاهُ وَإِنْ كَانَ يَكُونُ نَدِياً سَمَّاهُ جَافًّا بِوَزْنٍ (قال إبراهيم) وَحَدَّثَنَا الرَّبِيعُ قَالَ سَمِعْتُ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ وَلَا يَجُوزُ السَّلَفُ فِيهَا حَتَّى يُسَمِّيَ أَخْضَرَ أَوْ أَبْيَضَ أَوْ ربيرياً أو سبيلانياً وَبِأَنَّ لَا يَكُونَ فِيهِ عِرْقٌ وَلَا كُلىً وَيَقُولُ فِي الْحَطَبِ سِمْرٍ أَوْ سلم أَوْ حمض أَوْ أَرَاكٌ أَوْ عَرْعَرٌ وَيَقُولُ فِي عِيدَانِ القِسِيِّ عود شوحطة جدل مستوي الْبِنْيَةِ (قال) وَلَا بَأْسَ أَنْ يُسَلِّفَ فِي الشَّيْءِ كَيْلاً وَإِنْ كَانَ أَصْلُهُ وَزْناً وَيُسَلِّفُ فِي لَحْمِ الطَّيْرِ بِصِفَةٍ وَوَزْنٍ غَيْرَ أَنَّهُ لَا سِنَّ لَهُ يَعْنِي يُعْرَفُ فَيُوصَفُ بِصَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ وَمَا احْتَمَلَ أَنْ يُبَاعَ مُبَعَّضاً وُصِفَ مَوْضِعُهُ وَكَذَلِكَ الْحِيتَانُ وَمَا ضُبِطَتْ صِفَتُهُ مِنْ خَشَبِ سَاجٍ أَوْ عِيدَانِ قسيٍّ مِنْ طُولٍ أَوْ عَرْضٍ جَازَ فِيهِ السَّلَمُ وَمَا لَمْ يَكُنْ لَمْ يَجُزْ وَكَذَلِكَ حِجَارَةُ الأَرْحَاءِ وَالْبُنْيَانِ وَالآنِيَةِ (قال) وَيَجُوزُ السَّلَفُ فِيمَا لَا يَنْقَطِعُ مِنَ الْعِطْرِ فِي أَيْدِي النَّاسِ بِوَزْنٍ وَصِفَةٍ كَعَنْبَرِهِ وَالْعَنْبَرُ مِنْهُ الأَشْهَبُ وَالأَخْضَرُ وَالأَبْيَضُ وَلَا يَجُوزُ حَتَّى يُسَمَّى وَإِنْ سَمَّاهُ قِطْعَةً أَوْ قِطَعاً صِحَاحاً لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مُفَتَّتاً وَمَتَاعُ الصَّيَادِلَةِ كَمَتَاعِ الْعَطَّارِينَ وَلَا خَيْرَ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ

خَالَطَهُ لُحُومُ الْحَيَّاتِ مِنَ الدِّرْيَاقِ لأَنَّ الْحَيَّاتِ مُحَرَّمَاتٌ وَلاَ مَا خَالَطَهُ لَبَنُ الْتِرْيَاقِ مَا لاَ يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مِنْ غَيْرِ الآدَمِيِّينَ وَلَوْ أَقَالَهُ بَعْضَ السَّلَمِ وَقَبَضَ بَعْضاً فَجَائِزٌ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ ذَلِكَ الْمَعْرُوفُ وَأَجَازَهُ عَطَاءٌ (قال) وَإِذَا أَقَالَهُ فَبَطَلَ عَنْهُ الطَّعَامُ وَصَارَ عَلَيْهِ ذَهَباً تَبَايَعَا بَعْدُ بِالذَّهَبِ مَا شَاءَا وَتَقَابَضَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا مِنْ عَرْضٍ وَغَيْرِهِ وَلاَ يَجُوزُ فِي السَّلَفِ الشَّرِكَةُ وَلاَ التَّوْلِيَةُ لأَنَّهُمَا بَيْعٌ وَالإِقَالَةُ فَسْخُ بَيْعٍ وَلَوْ عُجِّلَ لَهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ أَدْنَى مِنْ حَقِّهِ أَجَزْتُهُ وَلاَ أَجْعَلُ لِلتُّهْمَةِ مَوْضِعاً .

بَابُ مَا لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ

قَـالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «وَلاَ يَجُوزُ السَّلَمُ فِي النَّبْـلِ لأَنَّـهُ لاَ يقـدر عَلَى ذَرْعِ ثَخَانَتِهَا لِـرِقَّتِهَا وَلاَ وصفـه مَا فِيهَـا مِنْ رِيشٍ وَعقب وَغَيْرِهِ وَلاَ فِي اللُّؤْلُؤِ وَلاَ فِي الـزَّبَرْجَـدِ وَلاَ الْيَاقُوتِ مِنْ قِبَلِ أَنِّي لَوْ قُلْتُ لُؤْلُؤَةٌ مُدَحْرَجَةٌ صَافِيَـةٌ صَحِيحَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ وَزْنُهَا كَـذَا فَقَدْ تَكُـونُ الثَّقِيلَةُ الْـوَزْنِ وَزْنَ شَيْءٍ وَهِيَ صَغِيرَةٌ وَأُخْـرَى أَخَفُّ مِنْهَا وَهِيَ كَبِيـرَةٌ مُتَفَاوِتَتَيْنِ فِي الثَّمَنِ وَلاَ أَضْبِطُ أَنْ أَصِفَهَا بِالْعظم وَلاَ يَجُوزُ السَّلَمُ فِي جَـوْزٍ وَلاَ رَانِجٍ وَلاَ قِثَّـاءٍ وَلاَ بِطِّيـخٍ وَلاَ رُمَّانٍ وَلاَ سَفَرْجَلٍ عَدَداً لِتَبَايُنِهَا إِلاَّ أَنْ يُضْبَطَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ فَيُوصَفَ بِمَا يَجُوزُ (قال) وَأَرَى النَّاسَ تَرَكُوا وَزْنَ الرُّؤوسِ لِمَا فِيهَا مِنَ الصُّوفِ وَأَطْرَافِ الْمَشَافِرِ وَالْمَنَاخِرِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ لأَنَّهُ لاَ يُؤْكَـلُ فَلَوْ تَحَامَلَ رَجُلٌ فَأَجَازَ السَّلَفَ فِيهِ لَمْ يَجُزْ إِلاَّ مَوْزُوناً (قال) وَلاَ يَجُـوزُ السَّلَفُ فِي جُلُودِ الْغَنَمِ وَلاَ جُلُودِ غَيْرِهَا وَلاَ إِهَابٍ مِنْ رَقٍّ لأَنَّهُ لاَ يُمْكِنُ فِيـهِ الذَّرْعُ لِاخْتِـلاَفِ خِلْقَتِهِ وَلاَ السَّلَفُ فِي خُفَّيْنِ وَلاَ نَعْلَيْنِ وَلاَ السَّلَفُ فِي الْبُقُـولِ حِزَمـاً حَتَّى يُسَمَّى وَزْنـاً وَجِنْسـاً وَصَغِيـراً أَوْ كَبِيـراً وَأَجَـلاً مَعْلُوماً

بَابُ التَّسْعِيرِ

قَـالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْـهُ: «أَخْبَرَنَـا الدَّرَاوَرْدِيُّ عَنْ دَاوُدَ بْنِ صَـالِحٍ التَّمَّـارُ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ مَرَّ بِحَاطِبِ بْنِ أَبِي بَلْتَعَـةَ بِسُوقِ الْمُصَلَّى وَبَيْنَ يَـدَيْهِ غِـرَارَتَانِ فِيهِمَا زَبِيبٌ فَسَأَلَهُ عَنْ سِعْرِهِمَـا فَسَعَّرَ لَـهُ مُدَّيْنِ بِـدِرْهَمٍ فَقَالَ عُمَر لقد حُـدِّثْتُ بِعِيْرٍ مُقْبِلَةٍ مِنَ الطَّائِفِ تَحْمِلُ زَبِيباً وَهُمْ يَعْتَبِرُونَ سِعْرَكَ فَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ فِي السِّعْرِ وَإِمَّـا أَنْ تُدْخِـلَ زَبِيبَكَ الْبَيْتَ فَتَبِيعَهُ كَيْفَ شِئْتَ فَلَمَّا رَجَعَ عُمَرُ حَاسَبَ نَفْسَهُ ثُمَّ أَتَى حَاطِباً فِي دَارِهِ فَقَـالَ لَهُ إِنَّ الَّـذِي قُلْتُ لَـكَ لَيْسَ بِعَزِيمَـةٍ مِنِّي وَلاَ قَضَاءً إِنَّمَـا هُوَ شَيْءٌ أَرَدتُّ بِـهِ الْخَيْرَ لأَهْـلِ الْبَلَدِ فَحَيْثُ شِئْتَ فَبِعْ وَكَيْفَ شِئْتَ فَبِعْ (قال الشافعي) وَهَذَا الْحَدِيثُ مُسْتَقْصىً لَيْسَ بِخِلاَفٍ لِمَـا رَوَىٰ مَالِـكٌ وَلَكِنَّهُ رَوَىٰ بَعْضَ الْحَدِيثِ أَوْ رَوَاهُ مَنْ رَوَى عَنْهُ وَهَذَا أَتَى بِأَوَّلِ الْحَدِيثِ وَآخِرِهِ وَبِهِ أَقُولُ لأَنَّ النَّاسَ مُسَلَّطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ لَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَهَا وَلاَ شَيْئاً مِنْهَا بِغَيْرِ طِيبِ أَنْفُسِهِمْ إِلاَّ فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي تَلْزَمُهُمْ وَهَذَا لَيْسَ مِنْهَا».

قـال الماوردي: وهـذا كمـا قـال: ولا يصـح السلم إلا بعـد تسليم جميـع الثمن قبـل الافتراق فإن افترقا قبل قبضه بطل السلم.

وقال مالك: إن تقابضا بعد الافتراق بزمان قريب إلى مدة ثلاثـة أيام صـح السلم. وإن لم يتقابضا حتى مضت الثلاث بطل.

وهذا خطأ لقوله ﷺ مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ فأمر بسلف المال فيـه، وذلك يقتضي التعجيـل، ولأن السلم مشتق من إسـلام المـال وهـو تعجيله فلو جـاز تـأخيـره عن المجلس لسلب معنى الاسم، ولأن في السلم غرراً فلو جاز فيه تأخير الثمن لازداد فيه الغـرر وزيادة الغرر في العقد تبطله ولأن الثمن إذا تأخر مـع تأخيـر المثمن صار ديناً بدين وَقَـدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عـن بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ.

فـإذا ثبت أن تعجيـل الثمن في السلم من شـرط صحتـه تعجيـل نصف الثمن وبقي

النصف ثم افترقا فقد اختلف أصحابنا في هذا العقد على ثلاثة مذاهب: **أحدها** وهو قول البصريين: إن العقد يكون باطلاً في الكل؛ لأن من شرط صحته تسليم جميع ثمنه فإذا لم يسلم جميع الثمن عدم الشرط فبطل كله.

والمذهب الثاني: وهو قول البغداديين: إن السلم فيما تقابضاه جائز وفيما بقي باطل لأنهما لو تقابضا الجميع لصح، ولو لم يتقابضاه لبطل فوجب إذا تقابضا البعض وبقي البعض أن يصح فيها فيما قبض، ويبطل فيما لم يقبض قالوا ولا خيار في تفريق الصفقة، لأن افتراقهما على البعض رضا منهما بالتفريق.

والمذهب الثالث: أن المسلم فيما لم يتقابضاه باطل وفيما تقابضاه على قولين من تفريق الصفقة وللمسلم إليه الخيار دون المسلم في أن يمضي العقد في البعض أو يفسخ.

فصل: فأما إذا تقابضا الثمن ثم بان بعد التفرق أنه رديء معيب فإن عيبه لا يخرجه من جنس الأثمان، فإن كان معيباً قيل للمسلم إليه أنت بالخيار بين أن تسمح بعيبه أو تفسخ العقد به، وليس له أبداً له لتعيينه، وإن لم يكن الثمن معيناً، وكان موصوفاً على مذهب من يجيزه فهل له إبداله أم لا على قولين.

فيمن صارت دراهم، غير معيبة فبانت بعد التفرق معيبة رديئة فهل له البدل أم لا؟ على قولين كذلك. مسألتنا أحد القولين له البدل ولا خيار، والقول الثاني: لا بدل له ويكون له الخيار بين أن يسمح بعيبه أو يفسخ العقد به.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا فالشروط المعتبرة في صحة السلم تعتبر من وجهين:

أحدهما: ما كانت معتبرة في المثمن وسنذكرها من بعد إذا تقدم شرحها.

والثاني: ما كانت معتبرة في الثمن وهي ثلاثة شروط متفق على بعضها ومختلف في بعضها. أحدها: تسليم جميع الثمن قبل الافتراق فلو أخل به بطل السلم والثاني: إلى آخر الباب، وليس يعرف خلاف أنه لا يجوز للإمام ولا لغيره أن يسعر على الناس غير الأقوات، فلا يجوز أيضاً أن يسعرها مع السعة والرخص، وأما عند الغلاء وزيادة الأسعار فقد قال مالك: إن للإمام أن يسعرها عليهم بسعر، ولا يجوز لهم الزيادة عليه فإن خالفوه أدبهم إلا أن يمتنعوا من بيع أمتعتهم فلا يجبرهم على بيعها، وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء إلى أن الإمام وغيره من المسلمين سواء في أن لا يجوز لهم تسعير الأقوات على أربابها وهم مسلطون على بيع أموالهم ما أحبوا.

واستدل من أجاز التسعير برواية سعيد بن المسيب عن معمر بن أبي معمر أن

رسول الله ﷺ قال: «الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ، وَالْمُحْتَكِرُ مَمْحُوقٌ فلما زجر عن الاحتكار كان للإمام الزجر عليه والنهي عنه(١).

وبما روي عن عمر رضي الله عنه أَنَّهُ مَرّ بِحَاطِبٍ إلى أن قال له إِمَّا أَنْ تَرْفَعَ فِي السِّعْرِ، وَإِمَّا أَنْ تُدْخِلَ زَبِيبَكَ الْبَيْتَ فَتَبِيعَهُ كَيْفَ شِئْتَ(٢) وبما روي عن علي بن أبي طالب عليه السلام أَنَّهُ سَعَّرَ عَلَى قَوْمٍ طَعَاماً فَخَالَفُوهُ فَحَرَّقَهُ عَلَيْهِمْ مِنَ الْغَدِ.

قال: وقد قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ بِظُلْمٍ نُذِقْهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [الحج: ٢٥] لأن الإلحاد فيه هو احتكار الطعام فيه، وقال عمر رضي الله عنه: لَا تَحْتَكِرُوا الطَّعَامَ بِمَكَّةَ، فَإِنَّ ذَلِكَ إِلْحَادٌ. قال: ولأن الإمام مندوب إلى فعل المصالح فإذا رأى في التسعير مصلحة عند تزايد الأسعار جاز أن يفعله.

والدليل على تحريم الأسعار قوله تعالى: ﴿اللَّهُ لَطِيفٌ بِعِبَادِهِ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ﴾ [الشورى: ١٩] وفي التسعير عليه إيقاع حجر عليه، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»(٣).

وروى العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه «أَنَّ رَجُلاً جَاءَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ سَعِّرْ فَقَالَ بَلْ ادْعُو ثُمَّ جَاءَهُ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ سَعِّرْ فَقَالَ بَلِ اللَّهُ يَخْفِضُ وَيَرْفَعُ وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ لِأَحَدٍ عِنْدِي مَظْلَمَةٌ(٤) وروى حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس قال: قَالَ النَّاسُ يَا رَسُولَ اللَّهِ غَلَا السِّعْرُ فَسَعِّرْ لَنَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ، الْبَاسِطُ، الرَّازِقُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ تَعَالَى وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ فِي دَمٍ، وَلَا مَالٍ(٥).

ولأن الناس مسلطون على أملاكهم والتسعير عليهم إيقاع حجر في أموالهم وذلك غير جائز فيمن جاز أمره، ونفذ تصرفه، ولأن الإمام مندوب إلى النظر في مصالح الكافة وليس

---

(١) أخرجه الدارمي ٢/ ٢٤٩ وابن ماجة (٢١٥٣) والبيهقي في السنن ٦/ ٣٠ والعقيلي في الضعفاء ٣/ ٢٣٢ وابن عدي في الكامل ٥/ ١٨٧٤ وانظر التلخيص ٣/ ١٣ ونصب الراية ٤/ ٢٦١.

(٢) أخرجه الشافعي في الأم ٢/ ٢٠٩.

(٣) أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٧٢ والدارقطني ٣/ ٢٦ والطحاوي في شرح المعاني ٢/ ٣٤٠ وفي المشكل ٤/ ٤١ وانظر تلخيص الحبير ٣/ ٤٥.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٤٥٠).

(٥) أخرجه أحمد في المسند ٣/ ١٥٦ والدارمي ٢/ ٢٤٩ كتاب البيوع وأبو داود ٣/ ٧٣١ كتاب البيوع (٣٤٥١) والترمذي ٣/ ٦٠٥ (١٣١٤) وقال: حسن صحيح، وابن ماجة ٢/ ٧٤١ كتاب التجارات (٢٢٠٠) والبيهقي ٦/ ٢٩.

نظره في مصلحة المشتري بأولى من نظره في مصلحة البائع لوفور الثمن، وإذا تقابل الأمران وجب تفريق الفريقين في الاجتهاد لأنفسهم فيجتهد المشتري في الاسترخاص ويجتهد البائع في وفور الربح.

فأما استدلالهم بقوله ﷺ «الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ وَالْمُحْتَكِرُ مَمْحُوقٌ» فهذا يكون في الاحتكار، والتسعير غير ذلك. لأن المسعر هو الذي يأتي إلى الذي يبيع متاعه فيسعره عليه، ويقدر له الثمن فيه، لأن لا يزيد عليه، والمحتكر الممتنع من بيعه على أن طريق هذا الحديث الإرشاد، فقد روي عن سعيد بن المسيب وهو راوي الحديث أَنَّهُ كَانَ يَحْتَكِرُ الزَّيْتَ فَقِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَقَالَ كَانَ مُعَمَّرٌ يُحْتَكِرُ وَأَمَّا استدلالهم بحديث عمر رضي الله عنه فقد رواه الشافعي تاماً وهو أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حَاسَبَ نَفْسَهُ ثُمَّ عَادَ إِلَى حَاطِبٍ فَقَالَ إِنَّ الَّذِي قُلْتَ لَيْسَ بِعَزِيمَةٍ مِنِّي، وَلَا قَضَاءٌ، وَإِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ ءَارَدْتُ بِهِ الْخَيْرَ لأَهْلِ الْبَلَدِ. الحديث فكان هذا من أدل دليل على أن التسعير لا يجوز. وأما الخبر المروي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه فليس بصحيح لما فيه من تحريق أموالهم ولا يجوز للإمام تحريقها عليهم.

وإنما المروي عنه أَنَّهُ مَرَّ بِسُوقِ التَّمَّارِينَ بِالْبَصْرَةِ فَأَنْكَرَ عَلَيْهِمْ بَعْضَ بَاعَاتِهِمْ وأما قولهم إن فيه مصلحة الناس في رخص أسعارهم عليه فهذا غلط بل فيه فساد، وغلاء الأسعار، لأن الجالب إذا سمع بالتسعير امتنع من الجلب فزاد السعر، وقل الجلب، والقوت، وإذا سمع بالغلاء وتمكين الناس من بيع أموالهم كيف احتووا جلب ذلك طلباً للفضل فيه، وإذا حصل الجلب اتسعت الأقوات ورخصت الأسعار.

فصل: فإذا ثبت أن الإمام لا يجوز له التسعير في الأقوات على الناس فخالف وسعّرها عليهم فباع الناس أمتعتهم بما سعرها عليهم فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكرههم على بيعها، ولا يمكنهم من تركها فهذا بيع باطل، وعلى مشتري ذلك بالإكراه أن يرده على ما باعه ويسترجع ما دفعه من ثمنه فإن البيع مع الإكراه لا يصح وقال أبو حنيفة بيع المكره بالسلطان باطل وإن أكرهه غير السلطان فبيعه جائز؛ لأن الإكراه من غير السلطان قادر، ودفعه ممكن. وهذا غير صحيح بل بيع المكره باطل لرواية صالح، وعامر عن شيخ من تميم قال: خَطَبَنَا عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ وَقَالَ: سَيَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ عَضُوضٌ يَعَضُّ الْمُوسَى عَلَى مَا فِي يَدِهِ، وَلَمْ يُؤْمَرْ بِذَلِكَ. قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وتبايع المضطرون.

وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر، وبيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها والمكره مضطر.

وقد قال ﷺ «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالنِّسْيَانُ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»، ولأنه عقد مكره فوجب أن يكون باطلاً كالمكره بالسلطان، ولأنه عقد لو أكرهه السلطان عليه لم يصح، فوجب إذا أكرهه غير السلطان عليه أن لا يصح كالنكاح؛ ولأن ما أكرهه السلطان عليه أولى بالإمضاء مما أكرهه عليه غير السلطان لما للسلطان من حق الطاعة فلما أبطل ما أكرهه السلطان عليه كان بطلان ما أكرهه غير السلطان عليه أولى.

فأما الضرب الثاني: وهوأن يسعر السلطان فيبيع الناس أمتعتهم مختارين من غير إكراه لكنهم كارهين للسعر، فالبيع جائز غير أننا نكره الابتياع منهم إلا إذا علم طيب نفوسهم به، وإن كان البيع إذا لم يقترن به الإكراه جائزاً بكل حال.

فصل: وأما الاحتكار والتربص بالأمتعة. فلا يكره في غير الأقوات، وأما الأقوات فلا يكره احتكارها، مع سعة الأقوات ورخص الأسعار. لأن احتكارها عند الحاجة إليها.

وأما احتكارها مع الضيق، والغلاء وشدة الحاجة إليها فمكروه محرم، والنهي الذي قدمنا ذكره من تأويل الآية، ونص الخبر محمول على هذا الحال ولو اشتراها في حال الغلاء والضيق طالباً لربحها لم يكن احتكاراً والله أعلم.

بَابُ الزِّيَادَةِ فِي السَّلَفِ وَضَبْطِ مَا يُكَالُ وَمَا يُوزَنُ

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَصْلُ مَا يَلْزَمُ المُسَلِّفَ قَبُولُ مَا سَلَّفَ فِيهِ أَنَّهُ يَأْتِيهِ بِهِ مِنْ جِنْسِهِ فَإِنْ كَانَ زَائِداً يَصْلُحُ لِمَا يَصْلُحُ لَهُ مَا سَلَّفَ فِيهِ أُجْبِرَ عَلَى قَبْضِهِ وَكَانَتِ الزِّيَادَةُ تَطَوُّعاً فَإِنْ اخْتَلَفَ فِي شَيْءٍ مِنْ مَنْفَعَةٍ أَوْ ثَمَنٍ كَانَ لَهُ أَنْ لَا يَقْبَلَهُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال إذا أسلم في شيء من تمر أو غيره فدفع إليه ما قد أسلف فيه فلا يخلو حاله من أربعة أقسام: أحدها: أن يكون على مثل صفاته التي شرطها فيلزمه قبولها وليس له الامتناع منه.

والقسم الثاني: أن يكون ناقصاً عن صفته مثل أن يسلف إليه في تمر جيد حديث فيعطى تمراً عتيقاً أو رديئاً فلا يلزمه قبوله لنقصه عن حقه.

والقسم الثالث: أن يكون زائداً فإن كانت الزيادة في القدر فإن أعطي مكان صاع صاعين لم يلزمه قبول الزيادة لأنها هبة لا يجبر على تملكها وعليه أن يأخذ من ذلك قدر حقه، وإن كانت الزيادة في الصفة مثل أن يسلم في تمر عتيق فيعطى تمراً حديثاً أو في رديء فيعطى جيداً فعليه قبول ذلك بزيادته لاتصالها بحقه.

والقسم الرابع: أن يكون زائداً من وجه وناقصاً من وجه، مثل أن يسلم في تمر عتيق جيد فيعطى تمراً حديثاً رديئاً فكونه حديثاً زيادة وكونه رديئاً نقصاً فلا يلزمه قبول ذلك لأجل النقص سواء كان النقص مجبوراً بالزيادة أم لا لأن النقص مستحق والزيادة تطوع، وله المطالبة بمثل صفته.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَقَلَّ مَا تَقَعُ عَلَيْهِ الصِّفَةُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا أسلم في شيء على أوصاف فليس له إلا أقل ما يقع عليه اسم هذه الأوصاف، فإذا كان قد أسلم في تمر جيد فإن جاءه بتمر ينطلق عليه اسم الجيد لزمه قبوله، وليس له مطالبته بما هو أجود منه.

وقال مالك له أوسط ما ينطلق عليه تلك الأوصاف فإذا كان التمر وسط الجيد لزمه قبوله وإن كان من أوله منزلة لم يلزمه؛ لأن أوسط الأمور أعدلها.

وهذا ليس بصحيح لأمرين أحدهما: أن الحكم إذا علق باسم كان ذلك الحكم معلقاً بأقل ذلك الاسم كالأثمان.

والثاني: أن الجودة صفة واحدة فإذا اعتبر الأوسط فقد ضم إليها صفة ثانية ولا يجوز أن يضم إلى صفات السلم صفة غير مشروطة فصح ما ذكرنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَتْ حِنْطَةً فَعَلَيْهِ أَنْ يُوَفِّيَهُ أَيَّاهَا نَقِيَّةً مِنَ التِّبْنِ وَالْقَصَلِ وَالمَدَرِ وَالزوانِ وَالشَّعِيرِ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا أسلم في جنس موصوف فليس عليه أن يأخذه مختلطاً بغيره سواء اختلط بماله قيمة أو بما لا قيمة له، فعلى هذا إذا كان السلم في حنطة لم يلزمه أن يأخذ فيها تبناً ولا نصلاً ولا مدراً ولا زواناً، حتى تكون نقية من ذلك كله، وكذلك لا يلزمه أن يأخذها وقد اختلطت بشعير بل لا يجوز ذلك له سواء كان قد أسلم في الحنطة كيلاً أو وزناً لأن ما ذكرنا من التبن والزوان والقصل مؤثر في المكيال والميزان قليلاً كان أو كثيراً فأما إن كان في الحنطة تراب فإن كان التراب كثيراً لم يلزمه أن يأخذها إلا نقية لما ذكرنا وإن كان التراب يسيراً فإن كان السلم في الحنطة وزناً لم يلزمه أن يأخذها مع يسير التراب لتأثيره في الميزان، وإن كان السلم فيها كيلاً لزمه أخذها مع التراب اليسير لأنه لا تأثير له في المكيال لحصوله في الخلل الذي بين حبات الحنطة إلا أن يكون لإخراجه مؤونة، فلا يلزمه أخذه وكذا التمر لا يلزمه أن يأخذ فيه الحشف، فأما أقماع التمر فعليه أن يقبل منها الملتصق بالتمر ولا يلزمه أن يأخذه إذا أخرج منه.

مسألة: قال الشافعي: وأما ما كان ظاهراً فلا يلزمه أن يأخذه مثل قشر الأرز، أو قشر الحنطة أو قشر العلس، قد ذكرنا أن الحبوب ذات الكمام كالحنطة، والعلس، والأرز، والعدس لا يجوز السلم فيها إلا خارجة من كمامها؛ لأنها في الكمام مجهولة القدر، والصفة، وما جهل قدره وصفته لم يصح السلم فيه، فإذا أسلم فيها على الوجه الجائز، فأعطى ذلك في كمامه لم يلزمه أن يقبله فيه حتى يخرج منه بل لا يجوز أن يقبله؛ لأن القبض فيه لا يقع موقعه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ التَّمْرَ إِلَّا جَافًا».

قال الماوردي: وهذا كما قال: ولأنه قبل جفافه لا يكون تمراً فمتى كان رطباً لم يجمد

بعد، أو قد جمد ظاهره، دون باطنه لم يلزمه أخذه فإذا جمد الرطب، وصار في أول أحوال الجفاف، لزمه قبوله وليس له أن يطالب بما هو أجف منه وأيبس، فلو أعطاه تمراً قد تناهى جفافه ويبسه حتى لم يبق فيه نداوة لم يلزمه قبوله؛ لأن ذلك نقص وبقاء النداوة في التمر أحفظ له وأوفر لديه، وأمنع من فساده.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ كَانَ لَحْمَ طَائِرٍ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ فِي الْوَزْنِ الرَّأْسَ وَالرِّجْلَيْنِ مِنْ دُونِ الْفَخْذَيْنِ لأَنَّهُ لاَ لَحْمَ عَلَيْهَا وَإِنْ كَانَ لَحْمَ حِيتَانٍ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يَأْخُذَ فِي الْوَزْنِ وَالرَّأْسِ وَلاَ الذَّنَبِ مِنْ حَيْثُ لاَ يَكُونُ عَلَيْهِ لَحْمٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال قد ذكرنا أنه إذا أسلم في لحم الطير والحيتان لم يلزمه أخذ الرأس فيه، ولا ما دون الفخذين من الطير، والذنب من الحيتان، لأن ذلك لا لحم عليه، وقال بعض أصحابنا البصريين: ما كان من الطير صغيراً لا يحتمل أن يباع مبعضاً لزم فيه أخذ الرأس، والرجلين، وكذا ما صغر من الحيتان لزم فيه أخذ الرأس، والذنب لأنه يؤكل معه ويطبخ معه إلا أن يشترط قطع ذلك كالعظم، ولهذا وجه.

والأول: هو المذهب في أنه لا فرق بين صغار ذلك وكباره لتمييز الرأس والرجلين عن اللحم وليس كالسلم الذي هو تداخل في اللحم واللحم متراكب عليه وأما أخذ الجلد مع اللحم فإن كان لحم إبل أو بقر أو غنم لم يلزمه أخذ الجلد معه وإن كان لحم طير أو حوت لزمه أخذ الجلد مع اللحم لأنه مأكول معه، ولا يكاد يفصل عنه وكان أولى أن يلزمه قبوله من العظم الذي قد يفصل عنه، ولا يؤكل معه وهكذا لو كان السلم في لحوم الحداء الصغار لزم قبول الجلد فيها لما ذكرنا من العرف المعتاد في أكله معها، وأنه لا يتميز في الغالب عنها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ أَعْطَاهُ مَكَانَ كَيْلٍ وَزْناً أَوْ مَكَانَ وَزْنٍ كَيْلاً أَوْ مَكَانَ جِنْسٍ غَيْرَهُ لَمْ يَجُزْ بِحَالٍ لأَنَّهُ بَيْعُ السَّلَمِ قَبْلَ أَنْ يُسْتَوْفَى».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين أحدهما: أن يسلم في مقدر فيقبض بغيره، والثاني: أن يسلم في جنس فيأخذ غيره، **فأما الفصل الأول:** فهو أن يسلم في الشيء كيلاً فيقبضه بالوزن أو يسلم فيه موزوناً فيقبضه بالكيل فلا يصح هذا لا من جهة الربا ولا من حيث أن القبض لم يقع موقعه؛ لأن قبض المكيل يتم بالكيل، وقبض الموزون يكون بالوزن، ولا يكون قبض المكيل بالوزن، ولا قبض الموزون بالكيل، لأن المقدر بالوزن، إذا كيل إنما زاد على الوزن أو نقص منه، وكذا المقدر بالكيل إذا وزنه زاد على الكيل أو نقص منه فيؤدي إلى الجهالة في استيفاء الحق فلذلك لم يتم القبض به.

وإذا كان كذلك، وقبض المسلم مكان كيل وزناً أو مكان وزن كيلاً لم يتم القبض به ولم يجز للمسلم بيع ذلك حتى يكتال منه المكيل، ويزن منه الموزون لكنه يكون مضموناً عليه؛ لأن قبضه عن عقد معاوضة، فإن تلف في يده كان مضموناً عليه، والقول في قدره بعد التلف قوله مع يمينه، ولا يحتسب بذلك عليه من سلمه، لأنه قد صار بالتلف مضموناً في ذمته، فلو جعل قصاصاً لكان بيع دين بدين، فعليه غرم ما تلف عن يده وله المطالبة، بما أسلم على مثل صفته.

وأما الفصل الثاني: وهو أن يأخذ مكان جنس غيره فهو أن يسلم في حنطة فيأخذ بدلها شعيراً أو في تمر فيأخذ بدله زبيباً أو في غنم فيأخذ بدلها بقراً فهذا غير جائز؛ لأنه إذا عدل عن الجنس إلى غيره صار معاوضاً عليه وبائعاً للسلم قبل قبضه فأما إذا أسلم في نوع من جنس فيأخذ بدله نوعاً آخر من ذلك الجنس مثل أن يسلم في تمر برني فيأخذ مكانه تمراً معقلياً أو يسلم في غنم ضأن فيأخذ بدلها معزى ففيه وجهان:

أحدهما: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي، لا يجوز؛ لأن النوع مخالف كالجنس فلما لم يجز أن يعدل عن الجنس إلى غيره لم يجز أن يعدل عن النوع إلى غيره.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي علي بن أبي هريرة أن ذلك جائز؛ لأن الجنس يجمعهما وإن تنوعا وهذا أصح؛ لأن النوعين إذا جمعهما الجنس، وجب ضمهما في الزكاة، وجرى على كل واحد منهما فيها حكم الآخر، وخالف الجنسين، ولأنه لو اشترى جنساً فبان غيره بطل البيع مثل أن يشتري ثوب قطن فتبين أنه ثوب كتان فيكون البيع باطلاً فإذا اشترى ثوباً على أنه مروي فبان أنه هروي فالبيع جائز؛ لأن الجنس واحد، وإن تنوعا، وعلى هذا الوجه إن كان الذي أعطاه خيراً من النوع الذي يستحق أجبر المسلم على قبوله وإن كان دونه لم يجبر عليه إلا أن يرضى به فيجوز أن يقبله.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَصْلُ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ بِالْحِجَازِ فَكُلُّ مَا وُزِنَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَصْلُهُ الْوَزْنُ وَمَا كِيلَ فَأَصْلُهُ الْكَيْلُ وَمَا أَحْدَثَ النَّاسُ رُدَّ إِلَى الأَصْلِ وَلَوْ جَاءَهُ بِحَقِّهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ فَإِنْ كَانَ نُحَاساً أَوْ تِبْراً أَوْ عَرَضاً غَيْرَ مَأْكُولٍ وَلاَ مَشْرُوبٍ وَلا ذِي رُوحٍ أَجْبَرْتَهُ عَلَى أَخْذِهِ وَإِنْ كَانَ مَأْكُولاً أَوْ مَشْرُوباً فَقَدْ يُرِيدُ أَكْلَهُ وَشُرْبَهُ جَدِيداً وَإِنْ كَانَ حَيَواناً فَلاَ غِنَى بِهِ عَنِ الْعَلَفِ أَوْ الرَّعْي فَلاَ نَجْبِرُهُ عَلَى أَخْذِهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ لأَنَّهُ يَلْزَمُهُ فِيهِ مُؤْنَةٌ إِلَى أَنْ يَنْتَهِيَ إِلَى وَقْتِهِ فَعَلَى هَذَا، هَذَا الْبَابُ كُلُّهُ وَقِيَاسُهُ».

قال الماوردي: وهذه المسألة من باب الربا، وليست من هذا الباب غير أن المزني

قصد بذكرها أن يخبر أن ما كان أصله الكيل جاز السلم فيه وزناً، وإن لم يجز بيع بعضه ببعض إلا وزناً والفرق إذا دخله الربا إلا كيلاً أو ما أصله الوزن جاز السلم فيه كيلاً، وإن لم يجز بيع بعضه ببعض إلا وزناً، والفرق بين الربا والسلم أن المقصود في السلم معرفة المقدار، وقد يصير المقدار معلوماً بكيل الموزون ومن وزن المكيل.

وأصل الربا المماثلة، وفي التخيير في الجنس الواحد بين الكيل والوزن لا حصول التفاضل لأنهما قد يتماثلان في الكيل ويتفاضلان في الوزن، أو يتماثلان في الوزن ويتفاضلان في الكيل فلم يكن بد من اعتبار أصل فيه تكون المماثلة له.

مسألة: قال الشافعي رحمه الله: ولو جاءه بحقه قبل محله، فإن كان نحاساً أو تبراً أو عرضاً غير مأكول، ولا مشروب، ولا ذي روح أجبرته على أخذه، وإن كان مأكولاً أو مشروباً فقد يريد أكله، وشربه جديداً، وإن كان حيواناً فلا غنى به عن العلف، أو الرعي، فلا يجبره على أخذه قبل محله، لأنه يلزمه فيه مؤنة إلى أن ينتهي إلى وقته فعلى هذا الباب وقياسه وهذا كما قال إذا أسلم في شيء موصوف إلى أجل معروف فجاءه بالسلم على صفته قبل حلول أجله لم يخل حاله من أحد أمرين إما أن يكون حيواناً أو غير حيوان، فإن كان حيواناً لم يلزمه قبوله قبل أجله لأمرين أحدهما: ضمان نفسه، والثاني: مؤونة ضرسه.

وإن كان غير حيوان فعلى ضربين أحدهما: أن يكون طعاماً رطباً إن ترك إلى حلول الأجل فسد أوعتق فلا يلزمه قبوله أيضاً لما في تركه إلى حلول الأجل من نقصان القيمة، وحدوث التغيير.

والضرب الثاني: ألا يكون طعاماً رطباً فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون متاعاً كافياً لإحرازه، ومؤونته ولإحرازها، وحفظها قدر مؤونته فلا يلزمه قبول ذلك أيضاً؛ لأن التزام مؤونته إلى حلول أجله يضر به.

والضرب الثاني: أن يكون مما ليس لإحرازه مؤونة، ولا يحدث بتركه نقص كالحديد، والنحاس والفضة والذهب فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون له سوق منتظرة وزيادة سعر متوقعة ففيه وجهان.

أحدهما: أن ذلك قصد صحيح وعذر في تأخير قبضه فعلى هذا لا يلزمه تعجيل أخذه قبل حلول أجله.

والوجه الثاني: أن هذا المعنى لا يختص بالسلم، وإنما يختص بالمسلم فلم يكن ذلك عذراً في تأخير القبض بل يجبر على تعجيله.

والضرب الثاني: ألا يكون هناك عذر في تأخيره من انتظار سوق، ولا غيره فهذا يلزمه أن يتعجل قبض سلمه فليس له تأخيره إلى حلول الأجل، لأن الأجل حق للمسلم إليه، فإذا أسقطه بالتعجيل أجبر المسلم مع ارتفاع الأعذار، وزوال الموانع على القبض لوصوله إلى حقه على صفته وكماله فإن أقام على الامتناع من قبضه قبضه القاضي عنه ليقع براءة المسلم إليه منه ثم يضعه في النائب للمسلم حتى يختار أخذه متى شاء.



فهرس الجزء الخامس
من
الحاوي في الفقه



فهرس الجزء الخامس

كتاب البيوع

باب ما أمر الله به ونهى عنه من المبايعات
وسنن النبي ﷺ فيه ٣
بيان الأصل في إحلال البيوع ٣
فصل: القول في ماهية البيع ١٠
أفضل المكاسب ١١
فصل: في شروط البيع ١٣
مسألة: في بيع العين الغائبة ١٤
فصل: بيان موضع البيع ٢١
فصل: بيان وقت الخيار ٢٢
باب خيار المتبايعين ما لم يتفرقا ٢٨
أقسام العقود ٢٨
شروط صحة العقد ٣٩
مسألة: لا بأس بنقد الثمن في بيع الخيار ٦٣
خيار الشرط لا يجوز أكثر من ثلاث ٦٥
باب الربا وما لا يجوز بعضه ببعض متفاضلاً ولا مؤجلاً والصرف ٧٣
الربا ضربان: نقد ونساء ٧٦
مسألة: الربا من وجهين: أحدهما في النقد بالزيادة وفي
الوزن والكيل، والآخر في الدين بزيادة الأجل ٨٠
المنصوص عليه في الربا ستة أشياء وردت بها السنة ٨١
المأكولات كلها ضربان: ضرب استقر في العرف كيله أو وزنه، وضرب استقر في
العرف أنه غير مكيل ولا موزون ١٠٢
المأكولات قد تختلف جهات أكلها على أنواع ستة ١٠٤
مسألة: لا يجوز بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل ١٠٨
مسألة: لا بأس بخلّ العنب مثلاً بمثل ١١١
مسألة: لا يجوز من الجنس الواحد مطبوخ بنيء ١١٧
مسألة: لا يباع عسل نحل بعسل نحل إلا مصفيين من الشمع ١١٨

اختلف قول الشافعي في الألبان هل هي صنف واحد أو أصناف ١٢٠
مسألة: لا يجوز بيع شاة في ضرعها لبن بلبن ١٢٣
مسألة: كل ما لم يجز التفاضل فيه فالقسم فيه كالبيع ١٢٦
مسألة: لا يجوز بيع تمر برطب ١٣٠
مسألة: لا يجوز بيع رطب برطب ١٣٤
مسألة: لا يجوز قمح مبلول بقمح جاف ١٣٥
مسألة: إذا اشترى بالدنانير دراهم بأعيانهم فليس لأحد أن يعطي غير ما وقع عليه البيع ١٣٧
باب بيع اللحم باللحم ١٥٤
اختلف قول الشافعي في اللحمان هل هي صنف واحد أو صنفان ١٥٤
باب بيع اللحم بالحيوان ١٥٧
مسألة: عدم جواز بيع اللحم بالحيوان ١٥٧
باب ثمرة الحائط يباع أصله من كثب ١٦١
مسألة: إذا ابتاع أرضاً ذات نخل مثمر أو ابتاع نخلاً فالحكم فيهما سواء ١٦١
مسألة: الكرسف إذا بيع أصله كالنخل إذا خرج جوزه ولم يتشقق فهو للمشتري وإذا تشقق فلهو للبائع ١٦٧
النبات ضربان: شجر، وزرع ١٦٧
مسألة: كل أرض بيعت فللمشتري جميع ما فيها من بناء وأصل ١٧٦
باب لا يجوز بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ١٩٠
باب المحاقلة والمزابنة ٢١١
القول في حكم بيع المحاقلة ٢١١
فصل: القول في بيع المزابنة ٢١٢
مسألة: الضمان في المحاقلة والمزابنة ٢١٢
باب العرايا ٢١٣
القول في أقسام العرايا ٢١٤
فصل: جواز العرايا مع اختلاف أنواع التمر ٢١٦
مسألة: القول في مقدار العرية ٢١٦
فصل: القول في جواز العرية فيما دون خمسة أوسق ٢١٧
مسألة: جواز البيع في العرية معتبر بثلاثة شروط ٢١٨
باب البيع قبل القبض ٢٢٠
مسألة: حقيقة القبض ٢٢٦

فصل: القول في بيع الوديعة قبل استرجاعها ٢٢٩
فصل: القول في بيع العارية قبل استرجاعها ٢٢٩
مسألة: إجراء الكيلين في السلم ٢٣١
باب بيع المصراة ٢٣٦
باب الردّ بالعيب ٢٤٤
مسألة: إن كانت أمة ثيباً فوطئها فالوطء أقلّ من الخدمة ٢٤٦
مسألة: وإن كانت بكراً فافتضّها لم يكن له أن يردّها ناقصة ٢٤٧
مسألة: هل يملك العبد أم لا ٢٦٥
باب بيع البراءة ٢٧١
البيع بشرط البراءة من العيوب على ثلاثة أضرب ٢٧١
باب بيع الأمة ٢٧٥
الأمة المشتراة يجب استبراؤها، لكن اختلفوا هل يجب استبراؤها على البائع
أو على المشتري ٢٧٥
باب البيع مرابحة ٢٧٩
باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل من الثمن ٢٨٧
باب تفريق صفقة البيع وجمعها ٢٩١
باب اختلاف المتبايعين وإذا قال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض ٢٩٦
باب البيع الفاسد ٣١٢
مسألة: لو اشترى زرعاً واشترط على البائع حصاده كان فاسداً ٣٢٠
مسألة: لو قال بعني هذه الصبرة كل إردبّ بدرهم على أن
تزيدني إردبًا أو أنقصك إردبًا كان فاسداً ٣٢١
مسألة: لو اشترط الخيار في البيع أكثر من ثلاث بعد التفرق فسد البيع ٣٢٣
باب بيع الغرر ٣٢٤
مسألة: لو اشترى مائة ذراع من دار لم يجز لجهله بالأذرع ٣٣٠
مسألة: لا يجوز بيع اللبن في الضروع لأنه مجهول ٣٣٢
مسألة: لا يجوز بيع الصوف على ظهور الغنم ٣٣٣
مسألة: القول في بيع المسك في فأرة ٣٣٤
باب بيع حبل الحبلة والملامسة والمنابذة وشراء الأعمى ٣٣٦
مسألة: في اختلاف الناس في بيع حبل الحبلة الذي نهى رسول الله ﷺ عن بيعه. ٣٣٦
باب البيع بالثمن المجهول وبيع النجش ونحو ذلك ٣٤١
فصل: فيما روي عن النبي ﷺ أنه نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه ٣٤٤

باب النهي عن بيع حاضر لبادٍ والنهي عن تلقّي السلع ٣٤٦
باب النهي عن بيع وسلف وعن سلف جرّ منفعة وتأخير الحق ٣٥١
فصل يشتمل على فروع في القرض ٣٥٨
باب تصرف الوصي في مال موليه ٣٦١
يجوز لولي اليتيم أن يتجر له بماله على الشروط المعتبرة فيه ٣٦١
لايجوز للولي أن يبيع من مال اليتيم عقاراً أو أرضاً إلا في حالتين:
غبطة أو حاجة ٣٦٦
باب تصرف الرقيق ٣٦٨
مسألة: إذا أدّان العبد بغير إذن سيده لم يلزمه ما كان عبداً
ومتى عُتق اتّبع به ٣٦٨
باب بيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز ٣٧٥
بيع الكلب باطل وثمنه حرام ولا قيمة على متلفه بحال ٣٧٥
مسألة: لا يجوز اقتناء الكلب إلا لصاحب صيد أو حرث أو ماشية ٣٧٧
فصل: حكم إجارة الكلاب مباحة الانتفاع ٣٨٠
مسألة: أقسام الحيوان وحكم كل قسم ٣٨٠
فصل: حكم غير الآدمي من الحيوان ٣٨٢
فصل: حكم بيع النبات ٣٨٣
فصل: حكم بيع النجاسات ٣٨٣
مسألة: في بيع الجلالة وحكمها ٣٨٥
مسألة: في بيان آلات الملاهي وحكم بيعها ٣٨٥
مسألة: في بيان حكم بيع دور مكة وإجارتها ٣٨٥
باب السلم ٣٨٨
السلم والسلف عبارتان عن معنى واحد ٣٨٨
يجوز أخذ الرهن والضمين فيه ٣٩٠
السلم يجوز فيما كان موجوداً أو وقت المحل وإن كان معدوماً من قبل ٣٩١
باب ما لا يجوز السلم فيه ٤٠٦
باب التسعير ٤٠٧
لا يصحّ السلم إلا بعد تسليم جميع الثمن قبل الافتراق فإن افترقا
قبل قبضه بطل السلم ٤٠٧
فصل: الشروط المعتبرة في صحة السلم ٤٠٨
باب الزيادة في السلف وضبط ما يكال وما يوزن ٤١٢







